

# Journal Bucerius Law Journal

## Law Journal Bucerius Law Journal

### Journal Bucerius Law Journal

#### Bucerius Law Journal Bucerius Law Journal

##### November 2017 Bucerius Law Journal

###### Heft 2/2017 Journal Bucerius Law Journal

###### Seiten 93–164 Bucerius Law Journal

Aufsätze			
Öffentliches Recht	Prof. Dr. Philipp Reimer, LL.B.	Anfechtungsklage, Revision, Verfassungsbeschwerde: Gemeinsamkeiten gerichtlicher Überprüfungsverfahren und Folgerungen für das verwaltungsrechtliche Gutachten	93
	Marco Meyer	Identitätsschutzklauseln im Verfassungsvergleich	99
	Regina Wigand	Schutz der Umwelt durch die Bahn und vor der Bahn	107
Privatrecht	Dr. Dirk Kocher, LL.M.	Probleme der Managers' Transactions unter der Marktmissbrauchsverordnung	113
	Stephan Sura	Man lebt nur zweimal?	118
	Anja Penners	Kostentragungsregeln im Zivilverfahren im Rechtsvergleich	124
	Laura Felicia Vogt	Class Actions im Civil Law	131
	Paulina Große-Wöhrmann	Arbeitsrechtlicher Schutz von Whistleblowern – de lege ferenda	138
Praxiseinblick	Dr. Konstantin Seifert, LL.B.	Kartellschadensersatz	144
Law & Technology	Markus Hartung	Gedanken zu Legal Tech und Digitalisierung	151
	Dr. Hariolf Wenzler	Big Law & Legal Tech	157
Mooting	Jakob Rehder, Felix Tann, Katharina Watzke	Wine and Sweet Words – Intellectual Property and Identifying Drinks	161

in cooperation with  
**WHITE & CASE**

# Law Journal Bucerius Law Journal

## Journal Bucerius Law Journal

### Bucerius Law Journal Bucerius Law Journal

#### Law Journal Bucerius Law Journal

**Redaktion der Ausgabe 2/2017**

Julia Bräuer  
Paul Bülow  
Annika Diemke  
Benedikt Foltmann  
Ben Fuhrmann  
Lauritz Gerlach  
York-Philipp Gräf  
Julia Heß  
Fabian Hoell  
Leonard Kilian Jaritz  
Maximilian Kunzelmann  
Nicola Meier  
Oliver Neuner  
Philipp Overkamp  
Christoph Rathert  
Jonathan Schramm  
Nico Schröter  
Fabian Schulze  
Isabelle Stein  
Antonia von Treuenfeld  
Ivo Veit Wanwitz

**Impressum**

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg  
Bucerius Law Journal  
c/o Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
[www.law-journal.de](http://www.law-journal.de)  
ISSN 1864-371X

**Erscheinungsweise**

Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint zweimal jährlich.

**Umschlaggestaltung**

Lauritz Gerlach

**Urheberrechte**

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autoren oder dem Bucerius Law Journal. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Bucerius Law Journals genutzt oder verwertet werden. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen, nichtgewerblichen Gebrauch.

**Manuskripte**

Das Bucerius Law Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch das Bucerius Law Journal überträgt der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

# Bucerius Law Journal

**Redaktion:** Julia Bräuer (Recht und Finanzen), Paul Bülow, Annika Diemke, Benedikt Foltmann, Ben Fuhrmann (Vorsitzender), Lauritz Gerlach (Webmaster/IT), York-Philipp Gräf, Julia Heß, Fabian Hoell (st. Vorsitzender), Leonard Kilian Jaritz, Maximilian Kunzelmann, Nicola Meier, Oliver Neuner, Philipp Overkamp, Christoph Rathert, Jonathan Schramm (Social Media), Nico Schröter, Fabian Schulze, Isabelle Stein, Antonia von Treuenfeld, Ivo Veit Wanwitz

Heft 2/2017

Seiten 93-164

11. Jahrgang

31. Dezember 2017

Prof. Dr. Philipp Reimer, LL.B.\*

## Anfechtungsklage, Revision, Verfassungsbeschwerde: Gemeinsamkeiten gerichtlicher Überprüfungsverfahren und Folgerungen für das verwaltungsrechtliche Gutachten

### A. Eine zulässige Parallele?

Im Titel dieses Beitrags sind Dinge zusammengeführt, die sowohl in der rechtswissenschaftlichen Forschung als auch in der Lehre des Faches in aller Regel hübsch getrennt bleiben. Die Anfechtungsklage ist ein Thema des Verwaltungsprozessrechts (wobei man sich exemplarisch meist auf die VwGO beschränkt<sup>1</sup>); sie ist gegen Verwaltungsakte gegeben, die den Kläger möglicherweise in einem subjektiven Recht verletzen; und die Begutachtung ihrer Erfolgsaussichten bildet wohl in der Mehrzahl der Fälle den Gegenstand verwaltungsrechtlicher Prüfungsarbeiten. Mit der Verfassungsbeschwerde – als Thema des separat, nicht zuletzt auch oft von anderen Wissenschaftlern beforschten Verfassungsprozessrechts – werden Studierende meist noch deutlich früher konfrontiert; dieser Rechtsbehelf ist gegen staatliches Handeln gegeben, das den Beschwerdeführer möglicherweise in einem Grundrecht verletzt, und dürfte den Gegenstand wohl wenigstens jeder zweiten Staatsrechtsklausur bilden.

Demgegenüber führt die Revision, ungeachtet ihrer großen rechtspraktischen Bedeutung für die einheitliche Handhabung der Gesetzesauslegung, in Forschung und Lehre eher ein Schattendasein. Zur Erinnerung: Revision ist das grundsätzlich letzte und inhaltlich auf eine Rechtskontrolle beschränkte Rechtsmittel gegen gerichtliche Urteile; sie ist in allen deutschen Prozessordnungen bekannt, insbesondere in ZPO (§§ 542ff.), VwGO (§§ 132ff.) und StPO (§§ 333ff.). Vor der Zweiten Staatsprüfung ist die Revision höchstens einmal etwas für eine prozessuale Zusatzfrage.

Es wird hier also das Wagnis eingegangen, diese drei Rechtsbehelfe nach Art einer Binnenrechtsvergleichung<sup>2</sup> miteinander in einen Zusammenhang zu bringen.<sup>3</sup> Unter welchen Gesichtspunkten das möglich erscheint, wird sogleich erläutert (unten II). Daraus sollen schließlich Konsequenzen dafür gezogen werden, wie die Anfechtungsklage in Forschung und Lehre vielleicht noch systematischer behandelt werden könnte (unten III).

### B. Drei Ansätze für die Zusammenschau

#### I. Historischer Aspekt: der hierarchische Rekurs

In einem ersten Schritt sei der geschichtliche Hintergrund der Rechtsbehelfe betrachtet. Die Revision erweist sich als der älteste der drei, schon allein deshalb, weil ihr institutioneller Kontext – die Justiz – die älteste ausdifferenzierte Staatsgewalt darstellt und ihr Verfahrensrecht – im Gegensatz zu dem der „politischen“ Gewalten – seit dem Mittelalter und unter dem Einfluss des kanonischen Rechts entwickelt und verfeinert worden ist.<sup>4</sup> Zu den Rechtsmitteln findet sich dementsprechend auch zahlreiche Literatur bereits aus dem 17. und 18. Jahrhundert,<sup>5</sup> als an ein Verwaltungsrecht noch nicht zu denken war.<sup>6</sup> Während zunächst noch verschiedene Rechtsmitteltypen miteinander konkurrierten,<sup>7</sup> namentlich im französischen Einflussgebiet die sogenannte Kassation

\* Der Verfasser ist Universitätsprofessor für Öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Für Anmerkungen dankt er Frau Prof. Dr. Suzan Denise Hüttemann, M.Res., Herrn PD Dr. Simon Kempny, LL.M., und Herrn Lukas Schefer.

<sup>1</sup> Das Besondere Verwaltungsprozessrecht ist in vielen Punkten gleich strukturiert wie die VwGO und sieht insb. auch eine Anfechtungsklage vor (§§ 40 I FGO, 54 I SGG).

<sup>2</sup> Vgl. Reimer, Verfahrenstheorie, 2015, 155–157.

<sup>3</sup> Zur Verwandtschaft von Anfechtungsklage und Revision vgl. immerhin bereits Wacke, AöR 79 (1953), 158 (163–170); Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, 134–165; Bettermann, FS Wacke, 1972, 233 (252–255); Kaiser, Die Kommunikation der Verwaltung, 2009, 98, 288f.

<sup>4</sup> Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, 71–80.

<sup>5</sup> Exemplarisch: Gebhard/Cocceji, Disputatio inauguralis iuridica de revisorii iudicii cum in genere tum in specie statuum Imperii, 1687; Jäger, von dem Rechtsmittel der Revision und Actenversendung, 1788 (mwN. 12f.). Umfassende Darstellung bei Linde, Handbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, Bd. 4, 1831; Bd. 5, 1840.

<sup>6</sup> Vgl. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, 1988, 334–338.

<sup>7</sup> Zur Entwicklung in Zivilsachen seit dem römischen Recht: Gilles, Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1972, 200–225; s.a. (historisch-vergleichend) Kolotouros, Der Rechtsmittelgegenstand im Zivilprozeß, 1992, §§ 13–51.

stattfand,<sup>8</sup> führten die Reichsjustizgesetze von 1877 in Deutschland für Zivil- und Straßgerichtsbarkeit die Revision als Rechtsmittel ein.<sup>9</sup>

Die prozessrechtliche Idee des Instanzenzugs zu einer höheren Stelle wurde später übertragen auf die neuerdings verrechtlichten Gewalten. Mit der institutionellen Ablösung von der Justiz, die in den deutschen Ländern wesentlich im Laufe des 19. Jahrhunderts erfolgte, war die Verwaltung erst einmal „justizfrei“ gestellt; Aufsicht und Kontrolle hatten sich innerhalb der Verwaltung abzuspielen, im Ausgangspunkt als hierarchischer Rekurs: man bittet die nächsthöhere Stelle um Abänderung der Entscheidung. Die kontrollierenden Stellen arbeiteten sich aber langsam als gerichtliche Verwaltungsbehörden und dann als Verwaltungsgerichte aus der vollziehenden Gewalt heraus.<sup>10</sup> Prozessuale Begriffe wie „Klage“ und „Beschwerde“ fanden Anwendung. Das preußische Landesverwaltungs-gesetz von 1883 gibt einen guten Eindruck davon, wie ein Zug solcher Rechtsmittel instanzen unmittelbar in die Verwaltungsorganisation integriert wurde.<sup>11</sup> Bis vor Kurzem hatte diese Regelungstechnik noch in Österreich Bestand.<sup>12</sup>

Die Verfassungsbeschwerde schließlich war 1951 ein Novum,<sup>13</sup> das mit dem Namen „Beschwerde“ aber ebenfalls an prozessuale Rechtsmittel anschloss (vgl. §§ 567 ZPO, 146 VwGO, 304 StPO).

## II. Verfahrenstheoretischer Aspekt: das juridis-che Überprüfungsverfahren

Von einem theoretischen Standpunkt weisen die Rechtsbehelfe, wie sich schon im historischen Durchgang andeutete, erhebliche Gemeinsamkeiten auf. Alle drei leiten gerichtliche Überprüfungsverfahren ein,<sup>14</sup> worin – auf den verfahrenseinleitenden Antrag hin – Abschlussentscheidungen einer vorangegangenen Instanz an einem bestimmten juridis-chen Maßstab gemessen und ggf. rechtsaktförmig aufgehoben werden sollen.<sup>15</sup> Alle drei sind insofern „Anfechtungsmittel“.<sup>16</sup> Diese Überprüfungsverfahren lassen sich kontrolltheoretisch zusammenführen:<sup>17</sup> durch ihre Anordnung wird ein Kontrollverhältnis geschaffen zwischen einem Gericht als Kontrolleur und einer anderen Stelle als Kontrolliertem bezüglich einer bestimmten Entscheidung dieser Stelle als Kontrollgegenstand, und zwar mit einer Rechtmäßigkeitsfrage als Kontrollmaßstab.<sup>18</sup> Wird diese Frage verneint (Kontrollergebnis), so knüpft sich daran die Pflicht des Gerichts zur Aufhebung der Entscheidung (Kontrollergebnisfolge). Diese Struktur ist den drei betrachteten Rechtsbehelfen gemeinsam – auch wenn sie sich bezüglich des jeweils Kontrollierten (Behörde, Vorderrichter, Fachgericht/Gesetzgeber) und des genauen Kontrollmaßstabs (Rechtsverletzung, Gesetzesverletzung, Grundrechtsverletzung) voneinander unterscheiden mögen und ihnen teilweise zusätzliche objektive Funktionen beigelegt werden.<sup>19</sup>

## III. Dogmatischer Aspekt: geltend-rechtliche Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Diese theoretischen Befunde spiegeln sich in der geltenden Rechtslage wider. In mehrerlei Hinsicht lassen sich

entsprechende Gemeinsamkeiten zeigen; die verbleibenden Diskrepanzen dürfen freilich auch nicht verschwiegen werden. Alle drei Rechtsbehelfe ...

### 1. ... weisen das traditionelle Charakteristikum des Devolutiveffekts auf

Eine andere, dadurch als höherrangig erscheinende Stelle übernimmt die Kontrollaufgabe, so dass sich ein Devolutiveffekt ergibt,<sup>20</sup> der nach traditionellem Verständnis die Rechtsmittel kennzeichnet.<sup>21</sup> Anfechtungsklage und Revision verbindet überdies auch der Suspensiveffekt (§§ 80 I VwGO, 705 ZPO,<sup>22</sup> 343 I StPO); im Falle der Verfassungsbeschwerde<sup>23</sup> kann das Gericht diesen Effekt durch einstweilige Anordnung zumindest im Einzelfall herbeiführen (§ 32 BVerfGG) – abgesehen davon, dass ihr in der Praxis eine „faktische Suspensivwirkung“ zukommt.<sup>24</sup>

<sup>8</sup> Vgl. mit Abgrenzungen *Breuning*, Über die Cassationsinstanz und das Rechtsmittel der Cassation in der Gesetzgebung der Rheinlande, 1820.

<sup>9</sup> Drittinanzlich nach §§ 507ff. Civilprozeßordnung v. 30.01.1877 (RGBl., 83); zweit- oder drittinanzlich nach §§ 374ff. Strafprozeßordnung v. 01.02.1877 (RGBl., 253). Zur bewussten Abgrenzung gegenüber der französischen Kassation s. Hahn (Hg.), Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben, Bd. 1, 1880, 141–143, 372f.

<sup>10</sup> Vgl. *Sydow*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts, 2000, bes. 11–65.

<sup>11</sup> G v. 30.07.1883 (GS, 195).

<sup>12</sup> Vgl. §§ 63ff. Allgemeines Verwaltungsgesetz idF. Wiederverlautbarung v. 31.01.1991 (öst. BGBl 1991/51). Erst seit 2014 gibt es dort Verwaltungsgerichte erster Instanz: Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 v. 05.06.2012 (öst. BGBl 2012/51).

<sup>13</sup> Sieht man ab von § 126 Buchst. g FRV; dazu *Kempny*, Die Staatsfinanzierung nach der Paulskirchenverfassung, 2011, 50f.

<sup>14</sup> Das gilt auch für die Revision, deren Effekt besser als neues Verfahren denn als „Verfahrensfortsetzung“ begriffen wird; dazu *Gilles* (Fn. 7), 7–18, 49–51; s.a. *Reimer* (Fn. 2), 57.

<sup>15</sup> Zu diesen Klassifizierungsdimensionen vgl. *Reimer* (Fn. 2), 33–63.

<sup>16</sup> Begriff: *Gilles* (Fn. 7), 13 und passim; ähnlich die Analyse von *Kolotouros* (Fn. 7), §§ 4–6, 57–68a.

<sup>17</sup> Zur Begrifflichkeit *Kempny*, Verwaltungskontrolle, 2017, 16–26.

<sup>18</sup> In Bezug auf die verwaltungsgerichtliche Revision aber überzeugende Differenzierung bei *Kempny* (Fn. 17), 95f.: keine Kontrolle, soweit nach der Vorentscheidung eingetretene Rechtsänderungen berücksichtigt werden.

<sup>19</sup> Für die Revision: Einheitlichkeit der Rechtsprechung, s. *Rudisile*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hg.), VwGO, Vor § 124 Rn. 8 (2015); für die Verfassungsbeschwerde: Wahrung und Fortbildung des Verfassungsrechts, s. BVerfGE 33, 247 (259); *Limbach*, Aufgabe und Bedeutung der Verfassungsbeschwerde, 1997, 7.

<sup>20</sup> Dies kann man entgegen *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 5. Aufl., 2017, Rn. 23, auch für das BVerfG sagen; die Veränderung des Verfahrensgegenstands ist insoweit kein Gegenargument, sondern bei all diesen Kontrollverfahren zu beobachten.

<sup>21</sup> Das wird überzeugend problematisiert von *Gilles* (Fn. 7), 176–180, 225. Einem älteren Revisionskonzept fehlte der Devolutiveffekt, vgl. *Jäger* (Fn. 5), 14 mwN., und *Linde* (Fn. 5), Bd. 5, 1840, 383; das überschneidet sich mit der „Supplikation“, vgl. *Carstens*, Das Rechtsmittel der Supplikation, 1820, 1f.

<sup>22</sup> Hier ist die aufschiebende Wirkung freilich durch das Instrument der vorläufigen Vollstreckbarkeit (§§ 708, 709 ZPO) stark abgeschwächt, worauf *Schmidt*, Die Anfechtung gerichtlicher Entscheidungen mit der Verfassungsbeschwerde gemäß §§ 90ff. Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1957, 20, hinweist.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 93, 381 (385); 107, 395 (413).

<sup>24</sup> *Zuck* (Fn. 20), Rn. 21.



## 2. ... finden nur auf Antrag statt

Die Abhängigkeit von einem Antrag<sup>25</sup> legitimiert die gerichtliche Entscheidung nicht nur gegenüber den Verfahrensbeteiligten, es kennzeichnet sie geradezu als eine gerichtliche.<sup>26</sup> Ohne einen solchen „Verfahrensstoß“<sup>27</sup> wäre die Interessenlage eine andere, es ginge um die Einmischung einer höheren Stelle in eine eigentlich abgeschlossene Sache.

Einen zulässigen Antrag kann nicht jeder stellen. Beschränkungen ergeben sich bei allen drei Rechtsbehelfen durch das Erfordernis einer (Klage- oder Beschwerde-)Befugnis bzw. Beschwer,<sup>28</sup> bei der Revision außerdem durch die Reduktion auf einen bestimmten Personenkreis.

(1) Die Befugnis und ihr funktionales Äquivalent der Beschwer sichern den Zusammenhang mit der materiellrechtlichen Ebene und schließen auf diese Weise die gefürchtete „Popularklage“ aus.<sup>29</sup> Anders als beim innerprozessualen Rechtsmittel, wo die Beschwer teilweise einfach formell anhand der Abweichung von Antrag und Entscheidung im vorangegangenen Verfahren bestimmt wird,<sup>30</sup> kommt für die Anfechtungsklage im Rahmen von § 42 II VwGO ebenso wie für die Verfassungsbeschwerde im Rahmen von § 90 I BVerfGG nur eine materielle Beschwer in Betracht.<sup>31</sup>

(2) Mit der „Formalität“ der Befugnis/ Beschwer eng verbunden ist die Frage nach dem berechtigten Personenkreis. Eine Anfechtungsklage und eine Verfassungsbeschwerde kann jeder erheben, der sich durch den betreffenden Rechtsakt verletzt sieht (§§ 42 II VwGO, 90 I BVerfGG); das kann also auch jemand sein, den der Kontrollierte nicht selbst zum Adressaten seiner Entscheidung gemacht hat. Während dies bei Anfechtungsklagen nicht selten ist (Stichwort Drittanfechtung, etwa im Nachbarschafts- oder Konkurrentenstreit), ist es bei Verfassungsbeschwerden auf die angesichts Art. 19 IV GG eher theoretische Situation beschränkt, dass gegen die Vorentscheidung kein Rechtsweg gegeben ist (vgl. § 90 II BVerfGG). Demgegenüber gibt es bei der Revision kaum Möglichkeiten für Dritte, zu diesem Zeitpunkt noch in den Rechtsstreit einzusteigen – das Rechtsmittel ist grundsätzlich nur den Beteiligten von Ausgangsverfahren und -entscheidung gegeben (s. § 132 I VwGO); auch hier finden sich aber Ausnahmen (vgl. § 395 IV StPO: Anschluss als Nebenkläger auch nach dem Urteil, um Rechtsmittel einzulegen).

## 3. ... veranlassen eine Rechtskontrolle

In allen Fällen ist die Sachentscheidung nach einem juristischen Maßstab zu treffen.<sup>32</sup> Die Anfechtungsklage verlangt die Prüfung von Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung (§ 113 I 1 VwGO); die Revision ist begründet, wenn das Urteil auf einer Verletzung des Rechts (§§ 545 ZPO, 137 I VwGO) bzw. des Gesetzes (§ 337 StPO) beruht; die Verfassungsbeschwerde setzt erkennbar voraus,<sup>33</sup> dass durch die Maßnahme ein verfassungsbeschwerdefähiges Recht verletzt wurde (§ 90 I BVerfGG). Es wird also grundsätzlich die Vorentscheidung nicht ersetzt (die Baugenehmigung vom Verwaltungsgericht erteilt, die Strafsache vom Bundesverfassungsgericht abgeurteilt), wie es zumindest ursprünglich

beim Rechtsmittel der Berufung die Idee war,<sup>34</sup> sondern auf Rechtsfehler kontrolliert.<sup>35</sup>

Bei näherem Hinsehen verwischt diese Idee der bloßen Überprüfung einer Vorentscheidung freilich etwas,<sup>36</sup> wenn etwa das Revisionsgericht nachträgliche tatsächliche oder rechtliche Entwicklungen noch berücksichtigt.<sup>37</sup> Der Kontrollcharakter der Anfechtungsklage wird relativiert, wenn ein nachträgliches „Rechtswidrigwerden“ oder „Rechtmäßigwerden“ von Verwaltungsakten für möglich gehalten wird.<sup>38</sup>

## 4. ... führen im Erfolgsfall (zumindest) zur Kassation

Ist das Kontrollergebnis negativ, so kommt es zu einem gerichtlichen Gestaltungsakt (nicht nur einer Feststellung oder Verpflichtung), der den Rechtsakt des Kontrollierten unmittelbar aufhebt (§§ 113 I 1 VwGO, 562 I ZPO, 144 III 1 Nr. 2 Teil 1 VwGO,<sup>39</sup> 353 StPO, 95 II Hs. 1 BVerfGG). Revision und Verfassungsbeschwerde haben gemeinsam, dass in diesen Fällen eine Zurückverweisung der Sache an den Kontrollierten in Betracht kommt (§§ 563 I, IV ZPO, 144 III 1 Nr. 2 Teil 2 VwGO, 354 II StPO, 95 II Hs. 2 BVerfGG);

<sup>25</sup> Vgl. Kempny (Fn. 17), 156f.

<sup>26</sup> Das Fehlen eines Antragsgegners bei der Verfassungsbeschwerde (betont von Dörr, Die Verfassungsbeschwerde in der Prozesspraxis, 2. Aufl., 1997, Rn. 6) fällt nicht ins Gewicht; iÜ. ist auch bei der Revision die kontrollierte Vorinstanz nicht mehr beteiligt.

<sup>27</sup> Baur, in: Summum ius summa iniuria, 1963, 97 (109).

<sup>28</sup> Die Staatsanwaltschaft hat eine Sonderstellung, vgl. Allgayer, in: MünchKomm-StPO, Bd. 2, 2016, § 296 Rn. 48.

<sup>29</sup> Vgl. Reimer (Fn. 2), 462–466.

<sup>30</sup> Aus dem Gesetz folgen die Maßstäbe nicht unmittelbar. Vgl. je mwN. Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO, Bd. 2, 5. Aufl., 2016, Vor § 511 Rn. 16–20; Rudisile, in: S/S/B (Fn. 19), Vor § 124 Rn. 40–42 (2016); Gericke, in: KK-StPO, 7. Aufl., 2013, § 337 Rn. 41. Entgegen Rudisile, aaO., Rn. 41, und ganz im Sinne Rimmelspachers, ist die formelle Beschwer auch beim Beklagten möglich, weil und soweit dieser einen (Abweisungs-)Antrag stellt; s.a. M. Stürner, Die Anfechtung von Zivilurteilen, 2002, 140–142.

<sup>31</sup> Tatsächlich lässt sich für das Verwaltungsprozessrecht die Konstellation einer Abweichung von Antrag und Entscheidung bei der Versagungsgegenklage wiederfinden, die sich ebenfalls als Überprüfung einer Behördenentscheidung darstellt und insofern ebenfalls als revisionsähnlich rekonstruiert werden könnte. Das kann hier nicht weiter ausgeführt werden.

<sup>32</sup> Dazu im Zusammenhang Reimer (Fn. 2), 332–341; Kempny (Fn. 17), 177–181; s.a. Schmidt (Fn. 22), 20 (Revision/Verfassungsbeschwerde).

<sup>33</sup> Vgl. Kempny, Der Staat 53 (2014), 577 (614) mN.; s.a. Miebach, Zur Willkür- und Abwägungskontrolle des Bundesverfassungsgerichts bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile, 1990, 31, der ebenfalls mit § 113 VwGO vergleicht (und mit der Revision, 34).

<sup>34</sup> Vgl. kritisch Gilles (Fn. 7), 70f., 191–194 mN.; vergleichend Kolotouros (Fn. 7), §§ 18–25.

<sup>35</sup> Gegen Rechtsmittelcharakter der Verfassungsbeschwerde Giebelmann, Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen der Zivil-, Verwaltungs- und Verfassungsgerichte, 1956, 132–136. Allerdings kann man die Verfassungsbeschwerde bezüglich der Grundrechtsnormen durchaus als „Superrevision“ bezeichnen, vgl. mwN. Zuck (Fn. 20), Rn. 27.

<sup>36</sup> Vgl. etwa Kempny (Fn. 17), 94–96.

<sup>37</sup> Wie ausdrücklich § 354a StPO. Zur VwGO: stRspr. seit BVerwGE 1, 291 (298–300), dazu mwN. Kempny (Fn. 17), 95 Fn. 176; zur ZPO: Krüger, in: MünchKomm-ZPO (Fn. 30), § 559 Rn. 24–33.

<sup>38</sup> Vgl. Schenke, VwProzR, 15. Aufl., 2017, Rn. 798–804b.

<sup>39</sup> § 144 III VwGO nennt die Aufhebung nicht für den Fall der Sachentscheidung des Revisionsgerichts, diese enthält aber sicher ebenso eine Gestaltung in Bezug auf die Vorentscheidung; vgl. Eichberger/Bier, in: S/S/B (Fn. 19), § 144 Rn. 64 (2016).

bei der Anfechtungsklage kann das unterbleiben,<sup>40</sup> weil die Verwaltung – anders als ein Gericht – bezüglich des Obs einer neuen Entscheidung frei bleibt. Während Anfechtungsklage und Verfassungsbeschwerde sich aber auf die kassatorische Wirkung beschränken,<sup>41</sup> zeichnet sich die Revision dadurch aus, dass das Gericht zusätzlich<sup>42</sup> auch eine reformatorische Entscheidung treffen kann, das heißt: eine solche, die sich ihrem Regelungsthema nach selbst an die Stelle der Vorentscheidung setzt. Hierzu kann das Revisionsgericht verpflichtet sein (§§ 563 III ZPO, 354 I StPO), ihm kann aber auch ein Auswahlermessen eingeräumt sein (§§ 144 III VwGO, 354 Ia 2 StPO).<sup>43</sup>

#### IV. Zwischenfazit, Caveat, weiteres Programm

Klar dürfte nach dem Vorstehenden geworden sein, dass eine voreilige Gleichsetzung der betrachteten Rechtsbehelfe verschiedener rechtlicher Provenienz nicht in Frage kommt. Besonders deutlich ist das auf der positivrechtlichen Ebene: der Gesetzgebung steht es (im Rahmen der verfassungsrechtlichen Determinanten des Verfahrensrechts<sup>44</sup>) selbstverständlich frei, sie unterschiedlich auszugestalten, und so haben sich denn auch einige Differenzen gezeigt. Dies vorausgeschickt, erscheint es angesichts der funktionalen Parallelen aber doch als ein sinnvolles Unterfangen, die Rechtsbehelfe zu vergleichen; und im Rahmen der Auslegungsspielräume (Rechtserzeugungsanteile) bei der Anwendung der verschiedenen Verfahrensordnungen ist es dann durchaus möglich, etwaige Parallelen fruchtbar zu machen, die aus der gemeinsamen Funktion als „Anfechtungsmittel“ resultieren.

Der entsprechende Vergleich von Verfassungsbeschwerde und Revision ist gelegentlich gezogen worden. Eine „Ausfüllung von Lücken“ der §§ 90ff. BVerfGG durch Zuhilfenahme des Revisionsrechts wurde von einem scharfen Beobachter bald vorgeschlagen, nachdem die Verfassungsbeschwerde als neuartiger Rechtsbehelf eingeführt worden war.<sup>45</sup> Und auch später hat man versucht, die mitunter undurchsichtig erscheinenden Begründetheitsmaßstäbe der Verfassungsbeschwerde durch Anleihen aus dem Revisionsrecht (etwa: „Verstoß gegen die Denkgesetze“) zu präzisieren.<sup>46</sup>

Vergleichbaren Überlegungen soll nun anhand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage weiter nachgegangen werden.

### C. Dogmatischer Ertrag für die Anfechtungsklage

Ebenso, wie die Rechtsmitteldogmatik von der Anfechtungsklage lernen kann (etwa: die Revision eher als eigenständiges Anfechtungsmittel denn als bloße Prozessfortsetzung zu deuten<sup>47</sup>), lassen sich auch Vorschläge formulieren, womit die Verwaltungsprozessrechtsdogmatik vom Rechtsmittelrecht angeregt werden könnte. Exemplarisch sollen hier zwei skizziert werden, einer bezogen auf das gerichtliche Vorgehen zur Sachverhaltsermittlung, der andere auf den Maßstab der gerichtlichen Begründetheitsprüfung.

#### I. Sachverhaltsermittlung

Der erste Vorschlag lautet: Ähnlich wie ein Revisionsgericht sollte auch ein Anfechtungsgericht nur in engen Grenzen über

„Tatfragen“ nachzudenken haben. Für die Rechtsprüfung, die den inhaltlichen Kern einer Revision bildet, sind die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz im Regelfall zugrunde zu legen – „außer wenn in bezug auf diese Feststellungen zulässige und begründete Revisionsgründe vorgebracht sind“ (§ 137 II VwGO), wenn also die Vorinstanz gerade bei diesen Feststellungen das (Verfahrens-)Gesetz verletzt hat. Nicht ganz unähnlich verfährt auch tatsächlich normalerweise ein Verwaltungsgericht im Anfechtungsverfahren: Behörde und Kläger haben den Sachverhalt im vorangegangenen Verwaltungsverfahren typischerweise bereits erarbeitet, so dass der Sachverhalt hier seltener streitig ist als in Zivil- oder Strafsachen und die von der Behörde dem Gericht regelmäßig nach § 99 I VwGO weitergereichte Sachakte insofern Grundlage und Ausgangspunkt bilden kann. Entsprechend geringere Aufmerksamkeit wird denn auch dem verwaltungsgerichtlichen Beweisrecht (§§ 96–98 VwGO) meist zuteil.<sup>48</sup>

Dies alles scheint jedoch manchmal mit schlechtem Gewissen zu passieren, hat doch nach § 86 I VwGO ein Verwaltungsgericht ausdrücklich „den Sachverhalt von Amts wegen“ zu erforschen. Diese Vorschrift führt viele zu der Annahme, alles Tatsächliche, was der Verwaltungsentscheidung zugrunde lag, sei im Prozess noch einmal ganz neu zu ermitteln;<sup>49</sup> nur ausnahmsweise dürfte die Grenze der Amtsermittlung – etwa im Sinne einer Mitwirkungslast – zurückgeschoben werden.<sup>50</sup>

Eine solche Lesart von § 86 I VwGO erscheint aber nicht zwingend. Schon der Umstand, dass die Vorschrift im übergreifend geltenden 9. Abschnitt des Gesetzes steht, weist darauf hin, dass sich ihre Bedeutung je nach Klageart unterscheiden kann. Bei einer allgemeinen Leistungsklage etwa, wo das Gericht grundsätzlich<sup>51</sup> ohne vorgeschaltete Verwaltungsinstanz entscheidet, hat die volle Amtsermittlung dann ihren guten Sinn ebenso wie bei §§ 244 II StPO, 83 I 1 ArbGG.<sup>52</sup> Die Ermittlungspflicht braucht aber nicht weiter zu reichen als für die zu entscheidende Rechtsfrage nötig,<sup>53</sup> bei der Anfechtungsklage also die nach der Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung (§ 113 I 1 VwGO). Dies aber könnte man durchaus revisionsähnlich interpretieren: dann wäre vom

<sup>40</sup> Am nächsten dran ist noch die Regelung des § 113 III VwGO; selbst hier steht die Verwaltung aber nicht unter einer Entscheidungspflicht, vgl. *Gerhardt*, in: S/S/B (Fn. 19), § 113 Rn. 52 (1996).

<sup>41</sup> Ausnahme: § 113 II VwGO (geldbetragsbezogene Verwaltungsakte).

<sup>42</sup> Vgl. *Kolotouros* (Fn. 7), § 81; *Stürner* (Fn. 30), 39; zur VwGO beachte Fn. 39.

<sup>43</sup> Zu dieser Ermessenskonstellation vgl. *Reimer* (Fn. 2), 340.

<sup>44</sup> Vgl. *Reimer* (Fn. 2), 76–82.

<sup>45</sup> *Schmidt* (Fn. 22), 21.

<sup>46</sup> *Miebach* (Fn. 33), 71–74.

<sup>47</sup> Vgl. wiederum *Gilles* (Fn. 7).

<sup>48</sup> Für die Praxis: *Kothe*, Beweisantrag und Amtsermittlung im Verwaltungsprozess, 2012; *Vierhaus*, Beweisrecht im Verwaltungsprozess, 2011.

<sup>49</sup> Stellvertretend: *Dawin*, in: S/S/B (Fn. 19), § 86 Rn. 15f. (2016).

<sup>50</sup> Vgl. zB. *Köhler-Rott*, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozeß und die Mitwirkungslast der Beteiligten, 1997; *Kaufmann*, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2002, 352 („apokryphe Wechselbeziehung“ zwischen Gericht und Beteiligten). Zur Parallele im Verwaltungsverfahrenrecht *Kobor*, Kooperative Amtsermittlung im Verwaltungsrecht, 2009.

<sup>51</sup> Ausgenommen im Beamtenrecht, s. § 126 II BBG, § 54 II BeamStG.

<sup>52</sup> Zur Funktion vgl. *Reimer* (Fn. 2), 206f.

<sup>53</sup> Im Grundsatz ebenso *Dawin*, in: S/S/B (Fn. 19), § 86 Rn. 49a (2016).

Verwaltungsgericht der Verwaltungsakt zu untersuchen (1) auf Verfahrensfehler<sup>54</sup> einschließlich solcher bei der Sachverhaltsermittlung und (2) auf materiellrechtliche Fehler unter Zugrundelegung des behördlich ermittelten Sachverhalts. An die Stelle einer vollen Sachverhaltsaufarbeitung durch das Verwaltungsgericht könnte man sich insofern beschränken auf eine Überprüfung der Sachverhaltsermittlung der Behörde.<sup>55</sup> Das Problem der Einhegung der Amtsermittlungspflicht (durch Mitwirkungslasten usw.) würde sich dadurch weitgehend erledigen.

## II. Begründetheitsprüfung

Zweiter Vorschlag: Auch den Begründetheitsmaßstab der Anfechtungsklage, wovon eben schon die Rede war, kann man in Parallele zu den Bestimmungen zur Begründetheit der Revision(en) lesen. Für letztere ist maßgeblich, dass das Urteil auf einer Rechts- oder Gesetzesverletzung beruht (§§ 545 ZPO, 137 I VwGO bzw. 337 StPO). Das wird gelesen als eine doppelte Voraussetzung: (1) einem objektiv vorliegenden Verstoß der Vorinstanz gegen eine Norm, worauf die Vorentscheidung auch beruht, und (2) der subjektiven Berechtigung des Revisionsführers, gerade diesen Verstoß auch zu rügen. Die Übertragung auf die Voraussetzungen des § 113 I 1 VwGO – Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung – drängt sich förmlich auf.

### 1. Zum Verständnis der „Rechtswidrigkeit“

Der Ausdruck „rechtswidrig“ bedeutete dann: auf der unterbliebenen oder unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm beruhend.

#### a) Unterbliebene oder unrichtige Anwendung einer Rechtsnorm

Rechts- und Gesetzesverletzung werden im Zivil- bzw. Strafprozessrecht darüber bestimmt, dass „eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden“ sein muss (§§ 546 ZPO, 337 II StPO); diese Definition kann über § 173 S. 1 VwGO auch auf das Verwaltungsprozessrecht bezogen werden, das sie für die Revision nicht ausdrücklich enthält.<sup>56</sup> Da hier direkt der Rechtsnormbegriff verwendet wird, helfen für die nähere Bestimmung dieses Maßstabs die Definitionen aus §§ 12 EGZPO, 7 EGStPO nicht weiter. Wie dort wird unter einer Rechtsnorm aber – wie für das deutsche positive Recht üblich<sup>57</sup> – nur das Außenrecht verstanden, also alle „Gesetze im materiellen Sinn“.<sup>58</sup>

Genau dieses Verständnis bildet auch für die Anfechtungsklage den Grundsatz. Erfasst sind damit vor allem Verfassungs-, Parlamentsgesetzes-, Ordnungs- und Satzungsbestimmungen über Inhalt und Vorbereitung der Verwaltungsentscheidung. Ein Verstoß etwa gegen Verwaltungs- oder Dienstvorschriften genügt grundsätzlich nicht,<sup>59</sup> höchstens vermittelt über einen Gleichheitssatz wie Art. 3 I GG können diese einmal zum Tragen kommen, soweit die Vorschriften nicht durch extensive Gesetzesauslegung ausnahmsweise zu „normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften“ erhoben wurden.<sup>60</sup>

Eine Konstellation lässt sich im Lichte dieses Vergleiches hervorheben: wie steht es um die Fälle, wo sich die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts aus dessen Unvereinbarkeit mit einem früheren Individualrechtsakt zu ergeben scheint? Zu

denken ist etwa an eine Zusicherung (§ 38 VwVfG<sup>61</sup>) oder eine vertragliche Unterlassungsverpflichtung der Behörde (§ 54 VwVfG\*). Für eine Revision lässt man derlei Rügen nicht durchgreifen, wohl aber nach hM bei der Anfechtungsklage.<sup>62</sup> Manche Fälle mag man dabei lösen können, indem man auf die gesetzliche Ebene wechselt<sup>63</sup> – Verstoß gegen die Zusicherung kann ein Verstoß gegen § 38 III VwVfG\* sein, wenn die Behörde unrichtig diesen Erlöschenstatbestand angenommen hat. In den verbleibenden Konstellationen sollte man dagegen angesichts der Revisionsparallele überlegen, ob die Anfechtungsklage vielleicht doch nicht das richtige Rechtsschutzinstrument ist – eine vertragliche Verpflichtung, die entsprechend §§ 137 S. 2 BGB, 62 S. 2 VwVfG\* das rechtliche Können der Behörde ja nicht einschränkt, ist auch sonst schließlich regelmäßig mit allgemeiner Leistungsklage durchzusetzen,<sup>64</sup> die dann hier auf Aufhebung des vertragswidrigen Verwaltungsakts gerichtet wäre. Konzidiert werden muss, dass wegen § 61 II 3 VwVfG\* nur mit Zwangsgeld (§ 172 VwGO) vollstreckt werden könnte und nicht nach §§ 894 ZPO, 167 I 1 VwGO durch Fiktion der behördlichen Aufhebungsentscheidung, so dass der Rechtsschutz etwas weniger effektiv wäre als bei einem unmittelbar die Aufhebung bewirkenden (kassatorischen) Anfechtungsurteil.

#### b) Beruhen der Vorentscheidung auf dem Fehler

Die Vorentscheidung muss, damit eine Revision begründet ist, auch auf der unterbliebenen oder unrichtigen Anwendung der Rechtsnorm beruhen (§§ 545 I ZPO, 137 I VwGO, 337 I StPO). Diese Voraussetzung wird bei der Anfechtungsklage implizit mitgedacht, lässt sich aber unter Einsatz revisionsrechtlicher Kategorien präziser entfalten. Wenn die „Rechtswidrigkeit“ des Verwaltungsakts in „formelle“ und „materielle“ aufgespalten wird,<sup>65</sup> so kann man das revisionsähnlich beziehen auf die Unterscheidung zwischen dem (Verwaltungs-)Verfahrensrecht und dem von der Behörde bei der Entscheidung anzuwendenden Sachrecht. Auf sachrechtlichen Fehlern beruht die Vorentscheidung immer, auf Verfahrensfehlern nicht unbedingt.

Zwar gilt bei der Anfechtungsklage keine Einschränkung der Verfahrensmängelprüfung, wie sie §§ 557 III 2 ZPO, 137 III

<sup>54</sup> Vgl. zu deren Sonderstellung *Sachs*, VerwArch 97 (2006), 573 (577–581); *dens.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 2012, § 31 Rn. 40–57.

<sup>55</sup> AA. *Breunig*, in: BeckOK VwGO, 42. Ed., 2017, § 86 Rn. 30.

<sup>56</sup> *Eichberger/Buchheister*, in: S/S/B (Fn. 19), § 137 Rn. 90 (2016).

<sup>57</sup> Insofern in Abweichung vom rechtstheoretischen Sprachgebrauch; vgl. zum Verhältnis *Reimer*, Jura 2014, 678 (680–682).

<sup>58</sup> *Gericke* (Fn. 30), Rn. 8. § 137 I VwGO schließt dabei grundsätzlich Landesrecht aus; die im Landesrechtsverstoß liegende Verletzung der Gesetzesbindung nach Art. 20 III GG sollte dann ebenfalls unbeachtlich sein, so überzeugend *Miebach* (Fn. 33), 34.

<sup>59</sup> Überholt insofern BGH, MDR 1970, 210.

<sup>60</sup> Vgl. *Reimer* (Fn. 57), 684–687 mN.

<sup>61</sup> Der Asteriskus soll anzeigen, dass neben dem VwVfG des Bundes auch die entsprechenden Landesgesetze (einschließlich des LVwG SH) gemeint sind.

<sup>62</sup> *Gerhardt*, in: S/S/B (Fn. 19), § 113 Rn. 20 (1997).

<sup>63</sup> Vgl. *Krüger*, in: MünchKomm-ZPO (Fn. 30), § 545 Rn. 3.

<sup>64</sup> Vgl. *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hg.), VwVfG, 8. Aufl., 2014, § 54 Rn. 206.

<sup>65</sup> Etwa *Schenke* (Fn. 38), Rn. 731; kritisch *Hufen*, VwProzR, 10. Aufl., 2016, § 25 Rn. 3.



VwGO, 344 II 2 StPO bewirken; alle ersichtlichen Verfahrensfehler sind also für das Verwaltungsgericht beachtlich. Aber zu fordern, dass der Verwaltungsakt für das Prozessrecht auf dem Verfahrensfehler auch beruhen muss, ist damit nicht ausgeschlossen. Da die „formelle Rechtswidrigkeit“ nicht im *Inhalt* der getroffenen Entscheidung liegt, muss ihre Relevanz für deren Bestand ohnehin besonders konstruiert werden.<sup>66</sup>

Es fehlt für die Anfechtungsklage auch eine Entsprechung zu den „absoluten“ Verfahrensfehlern der §§ 547 ZPO, 138 VwGO, 338 StPO, wo das Beruhen unwiderleglich vermutet wird. Ein gewisses funktionales Äquivalent dazu enthält das geltende Verwaltungsrecht auf der materiellrechtlichen Ebene<sup>67</sup> in § 44 II Nr. 1–3 VwVfG\*, wonach bestimmte formelle Fehler den Verwaltungsakt nichtig machen.<sup>68</sup>

## 2. Zum Verständnis der „Rechtsverletzung“

Mit dem Merkmal „Rechtsverletzung“ enthält § 113 I 1 VwGO einen Gesichtspunkt ausdrücklich, der bei den Bestimmungen zur Revision fehlt: den subjektivrechtlichen Bezug zum Verfahrensiniciator. Der Anfechtungskläger muss durch die Rechtswidrigkeit der Vorentscheidung gerade „in seinen Rechten verletzt“ sein; hierin liegt ein Kernstück des deutschen Verwaltungsrechtsschutzsystems (und wird im Grunde zugleich das Merkmal „rechtswidrig“ redundant, denn ohnehin ist die objektive Verletzung einer Norm notwendige Voraussetzung der Verletzung eines subjektiven Rechts<sup>69</sup>).

Auch hierzu gibt es eine revisionsrechtliche Parallele, die allerdings – soweit ersichtlich – nur in Strafsachen erörtert wird und auch dort nicht unumstritten ist: nämlich die sogenannte „Rechtskreistheorie“, wonach die verletzte Rechtsnorm gerade den Revisionsführer schützen muss.<sup>70</sup> Hierin kann man durchaus eine Gemeinsamkeit der auf subjektiven Rechtsschutz ausgerichteten Rechtsbehelfe sehen, die bei den gleichermaßen erstinstanzlichen Verfahren von Verwaltungsbehörde und Strafgericht besonders virulent wird, wo nicht selten die Rechtsstellung Dritter mitbetroffen wird.

Gleichwohl wird der Punkt „Rechtsverletzung“ bei der Anfechtung eines belastenden Verwaltungsakts normalerweise ganz klein gemacht und auf bloßes Abhaken reduziert: wenn eine Belastung rechtswidrig ist, ergibt sich daraus nach hM sofort die Rechtsverletzung. Relevante Fälle sind hier fast nur, dass ein anderer als der Adressat klagt (zB Nachbaranfechtung) oder das materielle Recht die Rügbarkeit eines Fehlers ausdrücklich beschränkt (zB § 46 VwVfG\*<sup>71</sup>).

## 3. Konsequenzen für den Prüfungsaufbau

Aus dem Vorstehenden lassen sich einige Schlussfolgerungen dafür ziehen, wie die Begründetheitsprüfung nach § 113 I 1 VwGO ausgehend vom Gesetz systematisch strukturiert werden könnte. Wenn unter „Rechtswidrigkeit“ die Verletzung einer Rechtsnorm verstanden wird, so liegt es nahe, die Begründetheitsprüfung – statt als „formelle oder materielle Rechtswidrigkeit im Hinblick auf die Rechtsgrundlage“ – als einen Durchgang aller möglicherweise verletzten Rechtsnormen anzulegen. Hier sollte dann jeweils sowohl das Beruhen des Verwaltungsakts auf der etwa bejahten Normverletzung

als auch die subjektive Betroffenheit des Klägers dadurch untergebracht werden.<sup>72</sup>

Die Reihenfolge der betrachteten Normen ist dabei im Grunde eine Frage der Zweckmäßigkeit, so dass am Bekannten und Bewährten weitgehend festgehalten werden kann. Beginnen kann man durchaus mit Zuständigkeits- und Verfahrensnormen. Die größte Bedeutung wird bei belastenden Verwaltungsakten typischerweise dem grundrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes mit der Frage zukommen, ob die Maßnahme von einem Gesetz getragen wird; in diesem Rahmen wären die Tatbestandsvoraussetzungen einer Befugnisnorm zu prüfen. Hinzu träten diejenigen einfach- und untergesetzlichen Bestimmungen, die nicht zu den Voraussetzungen der Befugnisnorm zählen, aber ebenfalls den Verwaltungsakt „rechtsverletzend“ machen können, wie etwa die Gebote der Bestimmtheit (§ 37 I VwVfG\*) oder der Ermessensfehlerfreiheit (§ 40 VwVfG\*).<sup>73</sup>

Die inhaltliche Verwandtschaft von Anfechtungsklage und Revision lässt einen derart strukturierten Prüfungsaufbau umso plausibler erscheinen.

## D. Schlussbetrachtung: Taktik und Praxis

Vorgeschlagen wurde eine veränderte Perspektive auf die VwGO-Anfechtungsklage. Für die gerichtliche Praxis verändert sie nicht viel: der Urteilsstil lässt, strenggenommen (wie in der Ziviljustiz), das Aufbauschema „Rechtsgrundlage–formell–materiell“ ohnehin eigentlich nicht zu. Für die Prüfung bis zum Ersten Staatsexamen hat sich dieser Aufbau allerdings etabliert und wird meist erwartet; aber wenn ein Prüfling doch wie hier vorgeschlagen verfährt, sollte man das mE. nicht beanstanden. Darauf kann man derzeit freilich (noch) nicht vertrauen.

Ganz anders liegt es für die Forschung: diese mögen die vorstehenden Überlegungen weiter anregen, unorthodoxe Beziehungen herzustellen und fruchtbare Vergleiche auch über eingefahrene Grenzen hinweg zu versuchen.

<sup>66</sup> *Sachs* (2006, Fn. 54), 580f.

<sup>67</sup> Vgl. *Reimer*, Die Verwaltung 50 (2017), 395.

<sup>68</sup> Ähnlich *Bettermann*, FS Ipsen, 1977, 271 (283f.).

<sup>69</sup> Ebenso *Weyreuther*, FS Menges, 1985, 681 (688); *Schenke* (Fn. 38), Rn. 730 mit Fn. 1; *Hufen* (Fn. 65), § 25 Rn. 48.

<sup>70</sup> StRspr. seit BGHSt 11, 213; differenziert befürwortend etwa *Frisch*, in: Wolter (Hg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, 1995, 173 (bes. 188–200); s.a. *Bauer*, NJW 1994, 2530; vgl. *Gericke* (Fn. 30), Rn. 44 mwN. auch zur Gegenauffassung.

<sup>71</sup> Die Funktion dieser Bestimmung wird von der Regierungsbegründung, BT-Drucks. 7/910, 66, tatsächlich (wenn auch unter etwas anderem Gesichtspunkt) revisionsähnlich erklärt.

<sup>72</sup> Ähnlich offenbar *Gerhardt*, in: S/S/B (Fn. 19), § 113 Rn. 25 (2016).

<sup>73</sup> Während Ermessensnicht- und -fehlgebrauch als „ermessensspezifische Fehler“ iSv. *Alexy*, JZ 1986, 701 (713–716) grundsätzlich nur § 40 VwVfG\* verletzen, beinhaltet eine Ermessensüberschreitung zwangsläufig die Verletzung auch noch einer anderen gesetzlichen Bestimmung. Durch eine solche Fehler-verdoppelnde Betrachtung wäre indes nicht viel gewonnen (vgl. schon *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, 387); diese anderen Rechtsnormen sollten deshalb als selbständige Gesichtspunkte angesehen werden, die die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts schon für sich begründen können.



Marco Meyer\*

# Identitätsschutzklauseln im Verfassungsvergleich

## A. Ein „schlechtes“ Beispiel?

„[...] Wenn alle nationalen Gerichte sich, dem schlechten deutschen Beispiel folgend, auf die Suche nach der eigenen Identität machen, um sie zu beschützen, wird die Europäische Union auseinanderbrechen.“ Mit diesen drastischen Worten bewertet Sabino Cassese, ehemaliger Richter der italienischen Corte Costituzionale (Corte) das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zum Vertrag von Lissabon.<sup>1</sup> Tatsächlich äußerten sich bereits zuvor Gerichte zu den Grenzen der europäischen Integration aus Sicht „ihres“ Verfassungsrechts und auch nach dem Verdikt aus Karlsruhe wurden die europäischen Verträge verschiedentlich geprüft.<sup>2</sup> Der bisherige Befund lautet offensichtlich: Die Union existiert noch. Handelt es sich bei Casseses Beurteilung also um eine Fehleinschätzung? Oder unterscheiden sich die Richtersprüche schlicht so erheblich, dass man nicht davon sprechen kann, dass dem „deutschen Beispiel“ gefolgt wurde?<sup>3</sup>

Im Folgenden sollen die Basislinien der Rspr. verschiedener europäischer Verfassungsgerichte nachgezeichnet werden. Aus zwei Gründen geht die Darstellung dabei von der EuropaRspr. des Bundesverfassungsgerichts aus. Zum einen verfolgt der Beitrag das Ziel gerade deutschen Juristen den Blick auf mögliche Alternativen zum Konzept des BVerfG zu ermöglichen. Hierzu bietet es sich m.E. an, die Entscheidungen fremder Verfassungsgerichte zur Rspr. des „eigenen“ Gerichts in Beziehung zu setzen. Letztere wird im Folgenden zumindest in ihren wesentlichen Strukturen als bekannt vorausgesetzt. Zum anderen beziehen sich gerade die Gerichte „jüngerer“ Mitgliedstaaten teilweise ausdrücklich auf die „Lissabon-Rspr.“ aus Karlsruhe, was die Frage aufwirft, inwieweit hier Argumentationen bzw. Ergebnisse geteilt werden oder es sich jeweils um eine bloße *nominatio* handelt.<sup>4</sup> Klargestellt sei noch, dass es sich bei dem vorliegenden Beitrag um eine Momentaufnahme handelt, die keinesfalls einen repräsentativen Anspruch verfolgt: Die Auswahl der untersuchten Rechtsordnungen ist in erster Linie den Sprachkenntnissen des Autors bzw. im Fall Polens und Tschechiens der o.g. Chronologie der sich aufeinander beziehenden Entscheidungen geschuldet.<sup>5</sup>

## B. Vergleichsmaßstab und Rechtsprechungslinien

### I. Maßstab – Die Rspr. des BVerfG

In der Judikatur des BVerfG zur europäischen Integration sind derzeit zwei defensive<sup>6</sup> Operationsmuster auszumachen, die ihre zentrale normative Anknüpfung in Art. 79 Abs. 3 GG finden. Sie lassen sich anhand ihrer Wirkrichtung unterscheiden: Zum einen wird Art. 79 Abs. 3 GG gegen den Vorrang des Unionsrechts in Stellung gebracht, andererseits dient die Norm zur Kompetenzerhaltung und wird bei innerstaatlichen Prozessen zur Änderung des europäischen Primärrechts relevant.<sup>7</sup>

Damit sind die Vergleichsmaßstäbe gewonnen: Die erste Konstruktion lässt sich funktional unter dem Begriff Vorrangbegrenzung<sup>8</sup> fassen, die das BVerfG der absoluten Vorrangkonzeption des EuGH<sup>9</sup> entgegensetzt. Auf die sog. ultra-vires-Kontrolle wird im Folgenden nur am Rande zurückgekommen, hier geht es nicht stets um einen Letztvorbehalt, sondern meist darum, ob eine nicht übertragene Kompetenz wahrgenommen wurde.<sup>10</sup> Bez. des Solange-Mechanismus wurde die Frage aufgeworfen, ob dieser obsolet sei und die Grundrechte über ihren Menschenwürdekern<sup>11</sup> nun mittels der Identitätskontrolle geschützt werden.<sup>12</sup> Dies erscheint mit der neueren Rspr. des BVerfG möglich<sup>13</sup> und soll hier ebenfalls berücksichtigt werden.<sup>14</sup> Den zweiten Maßstab bilden die verfassungsrechtlichen Grenzen für Kompetenzübertragungen.

### II. Rechtsprechungslinien

Um einen Überblick zu erhalten, soll der Blick vor der anschließenden Kontextualisierung auf das jeweilige nationale

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Professor Dr. Mehrdad Payandeh, LL.M. (Yale) an der Bucerius Law School, Hamburg.

<sup>1</sup> Cassese, Dentro la Corte, S. 126 (eigene Übersetzung), s. dort auch S. 131f., 195.

<sup>2</sup> Überblick bei Wendel, International Journal of Constitutional Law (ICON) 2013, 981 (982).

<sup>3</sup> Zum Kontext s. Mayer, EuR 2014, 473 (498); Magnon, Revue française de droit constitutionnel (RFDC) 2010, 417 Rn. 36.

<sup>4</sup> Zur Praxis der Berufung auf ausländische Rspr. zur Bekräftigung des eigenen Arguments vgl. schon Wendel ICON 2013, 981 (986ff.).

<sup>5</sup> hierzu Kischel, Rechtsvergleichung, 2015, § 3 Rn. 250; Seiwerth, JURA 2016, 596 (599); Rspr. und Literatur sind berücksichtigt bis zum Stand Oktober 2016.

<sup>6</sup> Zur Einordnung als „Defensivgrenzen“ vgl. Wendel, in: Marsch/Vilain/Wendel Französisches und Deutsches Verfassungsrecht, 2015, § 8 Rn. 66, der zu Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG abgrenzt, welche die Integration gerade gestattet und fordert und an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen seitens der Union knüpft.

<sup>7</sup> Vgl. Sauer, Staatsrecht III<sup>4</sup>, 2016, § 9 Rn. 15ff., 18ff.

<sup>8</sup> Schöbener, JA 2011, 885 (889f.).

<sup>9</sup> s. EuGH Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (1135) – Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- u. Vorratsstelle; Corrias, European Papers (EP) 2016, 383 (387); Dobbs, Yearbook of European Law (YEL) 2014, 298 (303f.).

<sup>10</sup> Dobbs, YEL 2014, 298 (332); „Kompetenzanmaßung“ so Hufeld, in: Ders./Epiney/Merli (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht 2014, S. 50, 67f; s.a. Walter, ZaöRV 2012, 177 (183) u. Mayer, EuR 2014 473 (495).

<sup>11</sup> Vgl. BVerfG, U. v. 21.06.2016, 2 BvR 2728/13, Rn. 138; B. v. 04.02.2010, 1 BvR 369/04 - Rn. 26.

<sup>12</sup> BVerfGE 140, 317 (341); z. Diskussion Sauer, NJW 2016, 1134 (1136, 1138); Nettesheim, JZ 2016, 424 (428); a.A. z.B. Satzger, NSiZ 2016, 514 (518).

<sup>13</sup> I.d.S. bereits v. Bogdandy/Schill, ZaöRV 2010, 701 (720); vgl. auch den Wandel der Wortwahl, von „seine Gerichtsbarkeit [...] nicht mehr ausüben“ (s.o.) in Solange II, hin zu der Aussage, Unionsrecht sei nicht am „Maßstab der im Grundgesetz verankerten Grundrechte zu messen“ in BVerfG, Beschl. v. 06.09.2016 - 2 BvR 890/16 - Rn. 32f., wo die Solange-Konstruktion mit keinem Wort mehr erwähnt wird.

<sup>14</sup> S. auch v. Bogdandy/Schill, ZaöRV 2010, 701 (717).

*law in books* und seine Anwendung durch die Verfassungsgerichte (*law in action*) wandern.<sup>15</sup>

**1. Frankreich** – Eine formelle Anerkennung des Anwendungsvorrangs vor der Verfassung (*constitution française*, CF) hat in Frankreich nicht stattgefunden.<sup>16</sup> Indes konstatierte der *Conseil Constitutionnel* (*Conseil*) 2004, der bei den Verfassungsänderungen zum Vertrag von Maastricht eingefügte Art. 88-1 CF – nach dem Frankreich sich an der EU beteiligt – verpflichtet zur Umsetzung sekundären Gemeinschaftsrechts.<sup>17</sup> Das Unionsrecht wird vom Völkerrecht getrennt und als in das nationale Recht integriert bezeichnet.<sup>18</sup> Es erhält dadurch einen verfassungsrechtsähnlichen Rang.<sup>19</sup> Hinzu kommt nun, dass seine Umsetzung – so der *Conseil* – bloß durch eine „*disposition expresse contraire de la Constitution*“<sup>20</sup>, also eine ausdrücklich entgegenstehenden Norm gehindert werde.<sup>21</sup> Dieses Kriterium wird dahingehend bestimmt, dass die Bestimmung spezifisch („*propre, spécifique*“) für die französische Verfassung ist, d.h. nicht bereits auf europäischer Ebene geschützt ist.<sup>22</sup> Modifiziert wurde diese Rspr. durch Entscheidung vom 27.07.2006, nach der die Umsetzung keine Norm verletzen darf, in der sich die „*identité constitutionnelle de la France*“, die Verfassungsidentität Frankreichs widerspiegelt.<sup>23</sup> Diese Grenze stellt der *Conseil* allerdings ihrerseits unter den Vorbehalt der Zustimmung des Verfassungsgebers.<sup>24</sup> Dass letzterer hiervon umfangreich Gebrauch gemacht hat, demonstrieren die Art. 88-2 ff. CF, die einzelne unionsrechtliche Induktionen regeln. Sind diese Grenzen gewahrt, obliegt die Kontrolle (auch der Grundrechte) dem EuGH.<sup>25</sup>

Ähnlich handhabt der *Conseil* die Grenzen von Primärrechtsänderungen. Die Rspr. war Folge präventiver Kontrollen von Ratifikationsgesetzen (Art. 61 Abs. 2 CF) oder zu ratifizierender Verträge (Art. 54 CF).<sup>26</sup> In der Maastricht I Entscheidung gab er die Unterscheidung zwischen Souveränitätsbeschränkungen und -übertragungen auf.<sup>27</sup> Hier folgte er aus verschiedenen verfassungsrechtlichen Normen<sup>28</sup>, dass „Kompetenzübertragungen“<sup>29</sup> möglich seien, solange keine Bestimmung der CF ausdrücklich dagegen spreche (s.o.) oder das neue Primärrecht eine „*condition essentielle d'exercice de la souveraineté nationale*“<sup>30</sup> beeinträchtigt.<sup>31</sup> Wird folglich die Ausübung der Souveränität in Form der Übertragung von Entscheidungsbefugnissen beschränkt oder werden bereits übertragene Befugnisse erweitert, setzt dies eine Verfassungsrevision voraus.<sup>32</sup> Entspr. gilt, soweit Frankreich ein Vetorecht verliert, d.h. Entscheidungen im Rat qua Mehrheitsbeschluss getroffen werden können.<sup>33</sup>

Wiederum unterstellt der *Conseil* die „*reserve de constitutionnalité*“<sup>34</sup> ihrerseits der Ausnahme einer Verfassungsänderung. Gleiches gilt für die – Primärrechtsänderungen in dieser Form beschränkenden – Grenzen der *disposition expresse contraire* und der Rechte des *bloc de constitutionnalité*.<sup>35</sup> Die Regelung des Art. 89 Abs. 5 CF, die ihrem Wortlaut nach die Staatsform der Republik vor einer Revision schützt, hat der *Conseil* noch nie aktiviert.<sup>36</sup> Dem korrespondiert seine Haltung, nicht zur Kontrolle von Verfassungsänderungen befugt zu sein.<sup>37</sup> Im Schrifttum herrscht sowohl, was die Frage nach dem Inhalt der Verfassungsidentität angeht, als auch bez. der Frage nach Gehalt und normativer Reichweite des Art. 89 Abs. 5 CF breite Uneinigkeit.<sup>38</sup>

**2. Italien** – Die *Corte* hat den Vorrang des Unionsrechts im Grundsatz auch vor dem Verfassungsrecht anerkannt.<sup>39</sup> Anknüpfungspunkt – wie auch für die europäische Integration insgesamt – ist Art. 11 der Verfassung (*costituzione italiana*, CI), der „*limitazioni di sovranità*“ zulässt, die „für eine Rechtsordnung notwendig sind, die Frieden und Gerechtigkeit unter den Nationen sichert“. Italien „fördert und begünstigt die auf diesen Zweck gerichteten internationalen Organisationen“. Der 1973 bzw. 1984 mit der *Granital*-Entscheidung<sup>40</sup> vollständig anerkannte Vorrang findet seine Grenze in

<sup>15</sup> Vgl. Kischel, (Fn. 5) § 1 Rn. 6, 16.

<sup>16</sup> Ausdrücklich anders z.B. CC déc. n°2004-505 DC, 19.11.2004, cons. 10; *Vranes* in: Europäisches Parlament (Hrsg.), National Constitutional Law and European Integration – Study 2011, S. 101f.; *Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, 2013, S. 68f.; *Martin*, RFDC 2012, 13ff. Rn. 8.

<sup>17</sup> CC déc. n°2004-496 DC, 10.06.2004, cons. 7; krit. *Haguenau-Moizard* in: v.Bogdandy/Huber (Hrsg.), Handbuch des Ius Publicum Europaeum, Band II, 2007, § 15 Rn 27.

<sup>18</sup> CC (Fn. 16), cons. 11; *Vranes* (Fn. 16), S. 88.

<sup>19</sup> *Charpy*, RFDC 2009, 621 Rn. 11f.; *Chaltiel*, Revue du Marché Commun (RMC) 2007, 61 (63); *Scheffler*, ZaöRV 2007, 43 (61).

<sup>20</sup> CC (Fn. 17), cons. 7.

<sup>21</sup> Zur Übertragbarkeit auf Sekundärrecht *Haguenau-Moizard* (Fn. 17), § 15 Rn. 27; *Charpy*, RFDC 2009, 621 Rn. 58f.

<sup>22</sup> Commentaire décisions n° 2004-498 DC, 29.07.2004, D; n° 2004-499 DC, 29.07.2004, B; *Reestman*, EuConst 2009, 374 (386f.); krit. *Haguenau-Moizard* (Fn. 17), § 15 Rn. 27.

<sup>23</sup> CC déc. n° 2006-540 DC, 27.07.2006, cons. 19, 28; *Chaltiel*, RMC 2007, 61 (63).

<sup>24</sup> so zuletzt CC, déc. n° 2015-727 DC, 21.01.2016, cons. 5.; *Charpy*, RFDC 2009, 621 Rn. 36ff.; *Walter* spricht von einem „Vorbehalt zum Vorbehalt“, ZaöRV 2012, 177 (187).

<sup>25</sup> CC déc. n° 2004-498 DC, 29.07.2004, cons. 4; déc. n° 2004-497 DC, 01.07.2004, cons. 20; *Charpy*, RFDC 2009, 621 Rn. 37; vgl. hierzu aber *Wendel* (Fn. 6), § 8 Rn 46.

<sup>26</sup> *Wendel* (Fn. 6), § 8 Rn. 45; *Mayer/Lenski/Wendel*, EuR 2008, 63 (72); *Babusiaux*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre<sup>3</sup>, 2015, § 24 Rn. 11.

<sup>27</sup> Zum vorherigen Dualismus vgl. CC déc. n° 76-71 DC, 30.12.1976, cons. 2; *Scheffler*, ZaöRV 2007, 43 (64ff.); *Wendel* (Fn. 6), § 8 Rn. 46.

<sup>28</sup> Zum *bloc de constitutionnalité* *Picod*, Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne in: Cahiers du Conseil constitutionnel n° 18 - Dossier : Constitution et Europe, 2005, S. 1; *Vilain* (Fn. 6), § 3 Rn. 2; *Vranes* (Fn. 16), S. 88.

<sup>29</sup> *Scheffler*, ZaöRV 2007, 43 (67).

<sup>30</sup> CC déc. n° 92-308 DC, 09.04.1992, cons. 14.

<sup>31</sup> *Wendel* (Fn. 6), § 8 Rn. 46.

<sup>32</sup> CC déc. n° 2007-560 DC, 20.12.2007, cons. 15f.; *Vranes* (Fn. 17), S. 97f.

<sup>33</sup> CC (Fn. 32), cons. 18ff.; *Vranes* (Fn. 17), S. 98.

<sup>34</sup> *Sirinelli*, Revue générale du droit on line (RGDD-online) 2008, no. 1933; *Rathke*, in: Bos/Pócsa (Hrsg.), Verfassungsgebung in konsolidierten Demokratie – Neubeginn oder Verfall eines politischen Systems?, 2014, S. 127.

<sup>35</sup> *Wendel* (Fn. 6), § 8 Rn. 46.

<sup>36</sup> *Walter*, ZaöRV 2012, 177 (187); *Rousseau*, in: Burgorgue-Larsen (Hrsg.), L'identité constitutionnelle saisie par les juges en europe, 2011, S. 96f.

<sup>37</sup> CC déc. n° 2003-469 DC, 26.03.2003, cons. 2, 3.

<sup>38</sup> *Walter*, ZaöRV 2012, 177 (188f.), Überblick bei *Rousseau* (Fn. 36), S. 96ff.

<sup>39</sup> *Caponi/Piekenbrock*, in: Riesenhuber (Fn. 26), § 26 Rn. 19; *Adinolfi*, in: De Luca/Simoni, Fundamentals of Italian law, 2014, S. 64; *Kröll* (Fn. 16), S. 126; *Miccú*, in: Beneyto/Pernice (Hrsg.), Europe's Constitutional Challenges in the Light of the Recent Case Law of National Constitutional Courts, 2011, S. 117.

<sup>40</sup> *Corte*, sent. n. 170, 05.06.1984; *Panara* (Fn. 17), § 18 Rn. 36.

sog. „Gegengrenzen“ („*controlimiti*“).<sup>41</sup> Die *controlimiti* entwickelt die *Corte* u.a. aus den dem ersten Teil der CI vorangestellten zwölf Artikeln, den *principi fondamentali* der Verfassungen und den Menschenrechten.<sup>42</sup> Sollten Auslegung und Anwendung der Gründungsverträge durch die Unionsorgane dazu führen, dass die *controlimiti* verletzt werden, sieht die *Corte* sich in der Pflicht, den Teil des Ausführungsgesetzes des Vertrags aufzuheben, der den Eingang der betroffenen Norm in die eigene Rechtsordnung anordnet.<sup>43</sup> Denn nur das Umsetzungsgesetz kann Gegenstand einer Kontrolle sein, nicht dagegen die Unionsrechtsakte selbst.<sup>44</sup> Die Begründung für dieses Vorgehen sieht das Gericht im Wortlaut des Art. 11 CI: Er gestatte es nicht, Unionsorgane zu einer Verletzung der *controlimiti* zu ermächtigen.<sup>45</sup>

Ebenso entschied die *Corte* für die Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 11 CI auf: Zwar werde die Souveränität Italiens durch den EWG-Beitritt eingeschränkt, andererseits gewinne es Mitwirkungsrechte in den Organen der EWG.<sup>46</sup> Die oben aufgezeigten Grenzen der *controlimiti* gelten aber auch für weitere Kompetenzübertragungen.<sup>47</sup> Insofern wird die tatbestandliche Beschränkung der Kompetenzübertragung dahingehend konkretisiert, dass die Zwecke des Art. 11 CI (s.o.) beim Verstoß gegen die *controlimiti* nicht gewahrt sind. Aus der dem frz. Art. 89 Abs. 5 CF fast wortgleichen Norm des Art. 139 CI leitet die *Corte* zwar auch eine Revisionsperre her, stützt die unveränderlichen *controlimiti* aber bisher in erster Linie auf die o.g. Normen.<sup>48</sup>

**3. Polen** – Das Vorrangproblem stellt sich für Polen in der bekannten Form nicht, da der Verfassungsgerichtshof (*Trybunał Konstytucyjny* – *Trybunał*) Vorrang nur ggü. einfachem Recht anerkennt. Im Gegenteil wird sogar explizit ein Vorrang der Verfassung (*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* – *KP*) postuliert.<sup>49</sup> Das Gericht argumentiert hier mit Art. 8 Abs. 1 und Art. 91 Abs. 2 und 3: Nach Art. 8 Nr. 1 ist die Verfassung das höchste Gesetz Polens, gem. Art. 91 Abs. 2 und 3 sind internationale Verträge Teil der polnischen Rechtsordnung und das von internationalen Organisationen gesetzte Recht genießt Vorrang bloß – so das Gericht – vor einfachem Recht.<sup>50</sup> Drei Reaktionsmöglichkeiten werden formuliert: Die Verfassungsänderung, das Hinwirken auf Änderung des Unionsrechts oder den Austritt Polens aus der EU.<sup>51</sup> Allerdings hält der *Trybunał* eine Konformauslegung für geboten soweit möglich und die Feststellung der Verfassungswidrigkeit wird grds. mit einer Übergangsfrist verbunden, um Gelegenheit zur Verfassungsrevision zu geben.<sup>52</sup>

Den Anknüpfungspunkt für die Grenze von Kompetenzübertragungen sieht der *Trybunał* in Art. 90 Abs. 1 KP, wonach „*the competence of organs of State authority in relation to certain [!] matters*“ auf internationale Organisationen übertragen werden kann.<sup>53</sup> Aus *certain matters* schließt das Gericht „*a prohibition to: confer all the competences of a given organ of the state, confer competences in relation to all matters in a given field and confer the competences in relation to the essence of the matters determining the remit of a given state organ*“.<sup>54</sup> Es formuliert also einen Quantitätsvorbehalt für Organkompetenzen und die Entscheidung über ganze Politikbereiche.<sup>55</sup> M.a.W. darf kein Verfassungsorgan derart eingeschränkt werden, dass ihm keine Aufgabe mehr verbleibt, worin ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 KP gesehen würde.<sup>56</sup> Das Gericht

entwickelt diese Schranke aus seinem Souveränitätsbegriff.<sup>57</sup> Es betrachtet die Eingehung internationaler Verpflichtungen nicht vordergründig als Beschränkung „*of the state's sovereignty, but it is its manifestation*“.<sup>58</sup> Im Mittelpunkt steht stattdessen die Handlungsfähigkeit der Verfassungsorgane, die wiederum einen Kern an Befugnissen voraussetze, um das „*eigene Schicksal zu bestimmen*“.<sup>59</sup> Der *Trybunał* erkennt die Schwierigkeit, einen Katalog zu formulieren, nennt aber u.a. die Entscheidung über Rechte des Einzelnen, die demokratische Regierungsform und die Kompetenz-Kompetenz.<sup>60</sup> Diese unübertragbaren Kompetenzen bilden de lege lata die Verfassungsidentität, die Folgefrage nach Grenzen der Verfassungsrevision bleibt offen.<sup>61</sup>

**4. Tschechien** – Die tschechische Verfassung (*Ústava České republiky* – *UC*) wurde vor dem Beitritt 2004 angepasst.<sup>62</sup> Dennoch enthält sie keine spezielle Integrationsklausel, sondern regelt in den Art. 10a, 10b die Mitgliedschaft in internationalen Organisationen.<sup>63</sup> Aus der in Art. 10a Abs. 1 UC angeordneten Möglichkeit der Übertragung „*einiger*“ Kompetenzen entnimmt das tschechische Verfassungsgericht (*Ústavní soud České republiky* – *UsCr*) auch die Öffnung der Rechtsordnung für den Anwendungsvorrang, so wie er sich aus der Rspr. des EuGH ergibt.<sup>64</sup> Dieser Vorrang ist allerdings nach dem UC – unter Bezugnahme u.a. auf die *Corte* und das

<sup>41</sup> Calvano, FOCUS - FONTI DEL DIRITTO (FOCUS) 1/2016, S. 2; Magnon, RFDC 2010, 417 Rn. 5.

<sup>42</sup> Corte, sentence n. 170, 05.06.1984, cons. in diritto 7; n. 183, 18.12.1973, cons. in diritto 9.; Ordinanza n. 103, 15.04.2008, *Cartabia*, in: Walker (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2003, S. 316.

<sup>43</sup> Corte, sent. n. 232, 13.04.1989, cons. in diritto 3.1ff.; *Panara* (Fn. 17), § 18 Rn. 34; *Wendel*, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, 2011, S. 443f.; *Kröll* (Fn. 16), S. 114.

<sup>44</sup> *Bifulco/Paris* (Fn. 17), Band VI, 2016, § 100, Rn. 177 f.

<sup>45</sup> *Panara* (Fn. 17), § 18 Rn. 34; *Di Martino*, in: Haratsch (Hrsg.), *Nationale Verfassungen und Europarecht*, 2014, S. 43f.; *Wendel* (Fn. 43), S. 443.

<sup>46</sup> Corte, sent. n. 183, 18.12.1973, cons. in diritto 5; *Miccú* (Fn. 39), S. 115f.

<sup>47</sup> Corte, sent. n. 183, 18.12.1973, cons. in diritto 9.; *Calvano*, FOCUS 1/2016, S. 17; *Kröll* (Fn. 16), S. 114; *Wendel* (Fn. 43), S. 329.

<sup>48</sup> *Cartabia* (Fn. 42), S. 316; vgl. a. Corte, sent. n. 1146, 15.12.1988, cons. in diritto 2.1.

<sup>49</sup> Tryb., K 18/04, 11.05.2005, Abs. 11, 13; K 32/09, 24.11.2010, Abs. 2.4; *Biernat* (Fn. 17) § 21 Rn. 45; *Piqani*, EJLS 2007, 213 (222f.); *Kowalik-Bańczyk*, GLJ 2005, 1355 (1360f.).

<sup>50</sup> Tryb. (Fn. 49), Abs. 11; *Kruis* (Fn. 16), S. 70.

<sup>51</sup> Tryb. (Fn. 49), Abs. 13.

<sup>52</sup> *Gänswein*, *Der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts*, 2009, S. 152; *Ernst* (Fn. 26), § 28 Rn. 15.

<sup>53</sup> Tryb., EuR 2006, 236 (238, 241); *Arnold*, in: FS Schroeder, 2011, S. 309, 314.

<sup>54</sup> Tryb., K 32/09, 24.11.2010, Abs. 2.1 S. 22, Abs. 2.5 S. 32f.; s.a. Fn. 53.

<sup>55</sup> *Hufeld*, in: Bos/Dieringer (Hrsg.), *Die Genese einer Union der 27*, 2008, S. 56; *Arnold* (Fn. 53) S. 309, 315.

<sup>56</sup> Tryb., EuR 2006, 236 (238)

<sup>57</sup> Tryb. (Fn. 54), Abs. 2.1 S. 20ff.; *Laulhe Shaelou* in: Burgorgue-Larsen (Hrsg.) (Fn. 36), S. 145.

<sup>58</sup> Tryb. (Fn. 54), Abs. 2.1 S. 21.

<sup>59</sup> Tryb. (Fn. 54), Abs. 2.1 S. 22 (eigene Übersetzung).

<sup>60</sup> Tryb. (Fn. 54), Abs. 2.1 S. 22f.; *Laulhe Shaelou*, (Fn. 57), S. 145f.

<sup>61</sup> s. auch *Steinbeis*, *VerfBlog*, 2016/6/03; zur Lit. s. *Biernat* (Fn. 17), § 21 Rn. 16 ff.

<sup>62</sup> „Euro-amendment“ Act no. 395/2001 Coll.; *Laulhe Shaelou* (Fn. 57), S. 137.

<sup>63</sup> UsCr, Pl. ÚS 19/08, 26.11.2008, Abs. 90; *Arnold* (Fn. 54), S. 312.

<sup>64</sup> UsCr, Pl. ÚS 50/04, 08.03.2006, VI.; *Kruis* (Fn. 16), S. 67.



*BVerfG* - kein absoluter.<sup>65</sup> Die Begrenzung sei Ausfluss der tschechischen Souveränität, die auf Art. 1 Abs. 1 UC („*Die Tschechische Republik ist ein souveräner, einheitlicher und demokratischer Rechtsstaat, der die Achtung der Rechte und Freiheiten des Menschen und Bürgers zur Grundlage hat*“) beruhe.<sup>66</sup> So dürfen auch übertragene Hoheitsbefugnisse nur in mit den Grundlagen der Souveränität konformer Weise und nur so ausgeübt werden, dass „*the very essence of the substantive law-based state*“ nicht bedroht wird.<sup>67</sup> Sollte dies bei Wahrnehmung derart bedingt<sup>68</sup> übertragener Kompetenzen durch die Union nicht mehr der Fall sein, sei es wieder an den tschechischen Staatsorganen, diese Hoheitsrechte wahrzunehmen.<sup>69</sup> Die o.g. Gehalte des Art. 1 Abs. 1 UC entzieht das Gericht unter Verweis auf die Ewigkeitsklausel des Art. 9 Abs. 2 UC der Verfügung des Gesetzgebers.<sup>70</sup> Nicht eindeutig beantwortet wird die Frage, ob sich diese Vorrangbegrenzung auf das Verfassungsrecht insgesamt bezieht oder – wofür die verwendeten Formulierungen *essential attributes, constitutive principles, the very essence* sprechen – nur auf einen integrationsfesten Kern.<sup>71</sup> Für letzteres spricht die Einlassung, europäische Rechtsakte und hierdurch determiniertes Recht würden nicht mehr am Maßstab der Verfassung überprüft, wenn nicht die o.g. außergewöhnlichen Umstände vorlägen.<sup>72</sup>

Zu Grenzen für Verfassungsrevisionen liest man Folgendes: Das Gericht definiert einen von der Ewigkeitsklausel geschützten „*material core*“<sup>73</sup> mittels des zentralen Gedankens eines demokratischen Rechtsstaats.<sup>74</sup> Inhärent letzterem der Schutz unveräußerlicher Grundrechte.<sup>75</sup> Zudem nennt es Demokratie, Volkssouveränität und Gewaltenteilung. Weitere Kompetenzübertragungen seien ausgeschlossen, wenn damit die Souveränität Tschechiens i.S.d. Art. 1 Abs. 1 UC vollständig aufgehoben würde.<sup>76</sup> Auch das *UsCr* begreift Souveränität nicht als vollständige Unabhängigkeit<sup>77</sup>, sondern angesichts der Interdependenzen einer globalisierten Welt als die Fähigkeit an internationalen Mechanismen zu partizipieren und selbstbestimmt über Beschränkung zu entscheiden.<sup>78</sup> Das Konzept der „*pooled sovereignty*“ könne unter den o.g. Bedingungen gerade Stärkung der Souveränität bedeuten.<sup>79</sup> Aus den umrissenen Gründen geht das Gericht davon aus, die Frage nach der Grenze für Übertragungen gem. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 10a Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 UC sei in erster Linie eine politische, dem Gesetzgeber zugewiesene Frage, sodass das Gericht keinen Katalog unübertragbarer Kompetenzen aufstellen könne, sondern sich vielmehr auf individuelle nachgängige Kontrolle zu beschränken habe.<sup>80</sup>

## C. Integrationsschranken im europäischen Vergleich

Im Folgenden soll – anknüpfend an die Vorranggrenzen (I.) – die Frage behandelt werden, bis zu welchem Grad auch im Hinblick auf mögliche Änderungen des europäischen Primärrechts Verfassungsrevisionen möglich sind (II.) und welche materiellen Gehalte hier in Ansatz gebracht werden (III.), bevor ein Blick auf die prozessualen Umstände geworfen wird (IV.).

### I. Vorrangbegrenzung durch Verfassungsrecht

Wie oben gezeigt, wird ganz überwiegend ein Vorrang vor der Verfassung anerkannt, der nur durch einige Höchstwerte

beschränkt wird. In Frankreich geschieht dies – anders als in Deutschland oder Italien – nicht *expressis verbis*, sondern durch Auslegung des Integrationsartikels 88-1 CF.<sup>81</sup> Durch diesen – nicht unumstrittenen<sup>82</sup> – Kunstgriff vermeidet der *Conseil* die offene Konfrontation.<sup>83</sup> Die verfassungsrechtliche Umsetzungsverpflichtung erlaubt es dem *Conseil* nicht nur, europäisches Recht (theoretisch<sup>84</sup>) am Maßstab der Verfassung zu überprüfen, sondern auch die Untersuchung auf mögliche Kollisionen mit der *identité constitutionnelle* zu beschränken,<sup>85</sup> die zunächst in der Formulierung des Verfassungsvertrags bzw. des Vertrags von Maastricht „*identité nationale*“ Eingang in seine Rspr. fand.<sup>86</sup> Mit der Bezugnahme auf die europarechtliche Schutzklausel wählt der *Conseil* einen Ansatz, den auch das *BVerfG* zunächst bei Vertragskontrollen in Stellung brachte und nun als Vorranggrenze aktivierte.<sup>87</sup> Es bestehen freilich erhebliche Diskrepanzen zwischen den Gerichten, was Inhalte und insb. Flexibilität dieser Grenze angeht (dazu sogleich).

Interessant ist insb. mit Blick auf das bisherige und neue deutsche Modell<sup>88</sup> die Vorrangbegrenzung, wie sie die *Corte* seit den 1970er Jahren in Italien vollzieht: Der Vorrang wird in beiden Staaten ausdrücklich auch gegenüber der Verfassung grds. bejaht, findet seine Grenze aber in Höchstwerten.<sup>89</sup> Auf den ersten Blick nahezu identisch, offenbaren sich aber Differenzen im Fall der – bislang in beiden Staaten nur hypothetischen – Situation eines Verstoßes. Die Gemeinsamkeit erschöpft sich darin, dass dem betreffenden Rechtsakt die Geltung auf dem jeweiligen Staatsgebiet abgesprochen werden würde. Das *BVerfG* geht davon aus mit dem Zugriff auf Identitätsgehalte läge zugleich auch ein *ultra-vires*-Akt

<sup>65</sup> Ausdrücklich *UsCr*, Pl. ÚS 66/04, 03.05.2006, Abs. 53.

<sup>66</sup> *UsCr* (Fn. 64), VI, B.; *Laulhe Shaelou* (Fn. 57), S. 142.

<sup>67</sup> *UsCr* (Fn. 64), VI, B.

<sup>68</sup> *UsCr* (Fn. 64), VI, B.; Mayer in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*<sup>2</sup>, 2009, S. 582.

<sup>69</sup> *UsCr* (Fn. 65), Abs. 53; (Fn. 64), VI, B.

<sup>70</sup> *UsCr* (Fn. 65), Abs. 82; (Fn. 64), VI, B.

<sup>71</sup> Wie hier: *Kruis* (Fn. 16), S. 61, 67; *Lindner*, *Richter der Integration*, 2016, S. 205; *Jyhánek*, ICL 2015, 240 (241); *Pitrová*, TLQ 2/2013, 86 (95f.); *Wendel* (Fn. 43), S. 456, 458; *Arnold* (Fn. 53), S. 314; a.A. *Hufeld*, JOR 2007, 263 (277).

<sup>72</sup> *UsCr* (Fn. 65), Abs. 52, 54; (Fn. 64), VI, B.

<sup>73</sup> *UsCr* (Fn. 63), Abs. 90; in der Regierungseinstellungnahme ist bereits von der „*identity of the constitution*“ die Rede, *ibid.* Abs. 35.

<sup>74</sup> *UsCr* (Fn. 63), Abs. 93; *Laulhe Shaelou* (Fn. 57), S. 139.

<sup>75</sup> *UsCr* (Fn. 63), Abs. 93.

<sup>76</sup> *UsCr* (Fn. 63), Abs. 107.

<sup>77</sup> *UsCr* (Fn. 63), Abs. 107.

<sup>78</sup> *UsCr* (Fn. 63), Abs. 100ff.; *Arnold* (Fn. 53), S. 316f.

<sup>79</sup> *UsCr* (Fn. 63), Abs. 104, 108; Pl. ÚS 29/09, 03.11.2009, Abs. 114.

<sup>80</sup> *UsCr* (Fn. 63), Abs. 109; (Fn. 79), Abs. 111.

<sup>81</sup> *Charpy*, RFDC 2009, 621 Rn. 11f.

<sup>82</sup> Krit. *Haguenau-Moizard* (Fn. 17) § 15 Rn 27; s. a. *Platon*, *Revue de l'union européenne* (RUE) 2012, 150 (151) dort Fn. 7.

<sup>83</sup> *Hufeld* (Fn. 10), S. 46; *Walter*, *ZaöRV* 2012, 177 (185): „Modellierung“ des Vorrangs.

<sup>84</sup> s. *Charpy*, RFDC 2009, 621 Rn. 32ff.

<sup>85</sup> CC (Fn. 23), cons. 19; *Chaltiel*, RMC 2007, 61 (61).

<sup>86</sup> CC déc. n° 2004-505 DC, 19.11.2004, cons. 12; *Picod* (Fn. 28), I.

<sup>87</sup> *BVerfGE* 140, 317 (337ff.); *Dobbs*, YEL 2014, 298 (333); *Pernice*, AöR 2011, 185 (214f.).

<sup>88</sup> Aufgabe des Solange-II Ansatzes? dazu *supra* Fn. 13.

<sup>89</sup> *Corte*, sent. n. 170, 05.06.1984, cons. in diritto 7.



vor, mithin ein Handeln, das nicht gestattet wurde, worauf sich der Rechtsanwendungsbefehl im Zustimmungsgesetz also gar nicht beziehe.<sup>90</sup> Es schließt mithin zum einen vom rechtlichen Dürfen des Übertragungsgesetzgebers auf sein Können.<sup>91</sup> Zum anderen versucht es, durch den o.g. Verweis auf Art. 4 Abs. 2 EUV die Unionsrechtskonformität seiner Konstruktion zu belegen um ein Auseinanderfallen von Verfassungsrecht und externen Verpflichtungen zu vermeiden.<sup>92</sup> Die *Corte* wählt einen anderen Weg: Sie geht von der grds. Übertragung der Hoheitsgewalt auf die EU aus. Sollte diese in einer den *controlimiti* widersprechenden Weise ausgeübt werden, schaltet sie einen Schritt zwischen Unionsrechtsakt und seiner Unanwendbarkeit: Unter der Prämisse, dass das die Geltungsanordnung enthaltene Zustimmungsgesetz beliebig oft teilbar ist, würde sie den Teil des Gesetzes aufheben, der dem Unionsrechtsakt innerstaatliche Geltung verleiht.<sup>93</sup> Durch die Aufspaltung vermeidet die *Corte* die grds. Infragestellung der EU-Mitgliedschaft.<sup>94</sup>

Die tschechische Haltung scheint ambivalent: In der Entscheidung zum europäischen Haftbefehl positionierte das Gericht sich dahingehend, dass Unionsrecht und determiniert darauf beruhendes nationales Rechts nicht am Maßstab der Verfassung überprüfbar seien, wenn nicht eine ultra-vires Konstellation vorliege oder die Verfassungskerne verletzt seien.<sup>95</sup> Insoweit entspräche die Position i.E. der des *Corte* und des *BVerfG*. In der gleichen Entscheidung äußert das Gericht freilich auch, dass internationale Verpflichtungen, deren Verfassungswidrigkeit nicht durch Konformauslegung vermieden werden können, eine Verfassungsänderung erfordern.<sup>96</sup> Diese scheinbare Diskrepanz lässt sich auflösen, wenn man die strittige Natur von Rahmenbeschlüssen und die Betonung ihres intergouvernementalen Charakters durch das Gericht berücksichtigt.<sup>97</sup> Dafür spricht auch die Bezugnahme des Gerichts auf andere Vorrangbegrenzungen (insb. der *Corte* und des *BVerfG*) in Verbindung mit den „*core principles*“.<sup>98</sup> Bez. der Rechtsfolgen eines Verstoßes bleibt das Gericht vage. Offensichtlich ist, dass es einem solchen Rechtsakt die Gefolgschaft verweigern würde. Fraglich ist die Konstruktion. Die Ausführungen, die Übertragung von Hoheitsrechten sei ein „*conditional loan*“ und bei Bedrohung der „*very essence of state sovereignty*“ müssten diese Befugnisse „*be once again taken up by the [...] state bodies*“, sprechen für die Annahme einer Bedingung und den automatischen Rückfall,<sup>99</sup> i.E. also für einen Mittelweg zwischen den vorgenannten Varianten.

Ersichtlich weitergehend als die Rspr. der Gerichte, die dem unionsrechtlichen Anwendungsvorrang lediglich bestimmte Höchstwerte entgegensetzen, ist die Praxis in Polen.<sup>100</sup> Unter Berufung auf die Verfassung, wird dem Unionsrecht ein Rang zwischen dieser und dem einfachem Recht zugewiesen, sodass bei Kollision erstere den Ausschlag gibt.<sup>101</sup>

## II. Identitätsschutz und Verfassungsrevision

Die Feststellung, dass in jeder der verglichenen Rechtsordnungen eine Vorrangbegrenzung praktiziert wird, führt zu der Frage der Flexibilität. Mit der Anpassung der Verfassung an das (zunächst sekundäre) Unionsrecht wird zudem relevant, wo in letzter Konsequenz die Grenzen der Integration im Hinblick auf weitere Änderungen der Verträge verlaufen.

In Frankreich wird der Komplex schlicht durch Verfassungsänderung gehandhabt. Der *Conseil* hält wie gesehen sekundärem Unionsrecht zunächst die o.g. drei Kriterien, letztlich aber die Entscheidung des Verfassungsgebers<sup>102</sup> entgegen. Das führt freilich zu der Frage, ob eine solche Revision ihrerseits Grenzen kennt. Der *Conseil* verneint dies.<sup>103</sup> Damit ist die „*identité constitutionnelle*“ keine statische Größe, sondern Frage von politischen, verfassungsändernden Mehrheiten.<sup>104</sup> Was Identität ist, entscheidet letztlich der *pouvoir constituant originaire* im Wege des Referendums oder sein Vertreter, der *Congrès*.<sup>105</sup> Der von Teilen der Literatur ins Feld geführte Art. 89-5 CF, der aus historischen Gründen eine spezielle Absage an die Monarchie enthält, vermag in dieser Konzeption keine Wirkung zu entfalten.<sup>106</sup>

Auf eine textuell ähnliche Norm beruft sich dagegen das *BVerfG* mit Art. 79 Abs. 3 GG. Die Gemeinsamkeit mit der Rspr. des *Conseil* erschöpft sich also darin, dass beide Verfassungen nur eine Reaktion sowohl für die Begrenzung des Vorrangs, wie für Änderungen des Primärrechts bereithalten: Wo in Frankreich der Verfassungsgesetzgeber stets gezwungen wird, sich die Folgen seines Handelns bewusst zu machen, endet in Deutschland stets die politische Entscheidungsmacht.<sup>107</sup>

Die italienische Vorrangsgrenze geht inhaltlich in eine ähnliche Richtung wie die deutsche (s.u.), unterscheidet sich jedoch u.a. in der Herleitung. Art. 139 CI wird – trotz seines vermeintlichen Potenzials<sup>108</sup> – nur am Rande bemüht, die *Corte* leitet die *controlimiti* vielmehr aus den Art. 1 und 2 CI (Demokratie, Volkssouveränität, Rechtsstaatlichkeit, unveräu-

<sup>90</sup> BVerfGE 140, 317 (336f.); 134, 366 (384f.).

<sup>91</sup> Krit. hierzu Sauer, NJW 2016, 1134 (1136f.).

<sup>92</sup> Vgl. Herdegen, Europarecht<sup>19</sup>, 2017, § 10 Rn. 25; krit. Sauer, NJW 2016, 1134 (1136f.).

<sup>93</sup> Wendel (Fn. 43), S. 445f.

<sup>94</sup> Panara (Fn. 17), § 18 Rn. 34.

<sup>95</sup> UsCr (Fn. 65), Abs. 53f.; Bestätigung u.a. in (Fn. 64), VI.

<sup>96</sup> UsCr (Fn. 65), Abs. 82.

<sup>97</sup> UsCr (Fn. 65), Abs. 55ff.; hierzu Claes in: Arnulf/Chalmers (Hrsg.), The Oxford Handbook of European Union Law, 2015, S. 183.

<sup>98</sup> UsCr, (Fn. 64), VI. A.

<sup>99</sup> UsCr, (Fn. 64), VI. B; (Fn. 63), Abs. 94, 113, 130.

<sup>100</sup> Hufeld, (Fn. 10), S. 47.

<sup>101</sup> Kowalik-Bańczyk, GLJ 2005, 1355 (1365f.).

<sup>102</sup> Wenn der *Conseil* die Kontrolle von Revisionen der CF verweigert, folgt er der Ansicht, der „*pouvoir constitué originaire*“ verfüge nicht über mehr Befugnisse als der ihn vertretende *Congrès*; s. Wittekindt, Materiell-rechtliche Schranken von Verfassungsänderungen im deutschen und französischen Verfassungsrecht, 2000, S. 122f.; Vedel, Revue française de droit administratif, (RFDA) 1992, 173 (179).

<sup>103</sup> CC déc.s n° 92-312 DC du 02.09.1992, cons. 19; n° 92-313 DC du 23.09.1992, cons. 5.

<sup>104</sup> Walter, ZaöRV 2012, 177 (187ff.); s. auch Nettesheim, EuR Beiheft 1/2010, 101 (113f.); Rousseau (Fn. 36), S. 99, der Recht als Prozess begreift.

<sup>105</sup> CC déc. n°92-312 DC, 02.09.1992, cons. 19; Reestman, EuConst 2009, 374 (388).

<sup>106</sup> Wendel (Fn. 6), § 8 Rn. 61, ders. (Fn. 43), S. 333; Rousseau (Fn. 36), S. 96.

<sup>107</sup> Wendel, EuConst 2011, 96 (133).

<sup>108</sup> Den Begriff „Republik“ entsprechend „aufladen“ will Klamt, Die Europäische Union als streitbare Demokratie, 2011, S. 95.

berliche Menschenrechte) her, die sie auch ausdrücklich einer Verfassungsänderung entzieht.<sup>109</sup>

An die Solange-Rspr. des *BVerfG* erinnert dagegen die Rspr. des *UsCr*, wenn es konstatiert, dass der Grundrechtsstandard der EU derzeit keinen Anlass gebe den Vorrang zu begrenzen.<sup>110</sup> Allerdings behält es sich eine Überprüfung vor,<sup>111</sup> denn auch der Kernbestand der Grundrechte gehöre zu den Verfassungsprinzipien, auf die es die Ewigkeitsklausel des Art. 9 Abs. 2 UC bezieht.<sup>112</sup> Wenn das hier vertretene Verständnis dieser Rspr. geteilt wird, findet der Anwendungsvorrang demnach eine Grenze in den von der o.g. Norm umfassten Prinzipien. In seiner Wirkweise entspricht Art. 9 Abs. 2 UC mithin dem italienischen und dem deutschen Modell: Formal erfährt die Übertragung von Hoheitsrechten zumindest theoretisch eine absolute Grenze. Im Gegensatz zu der dynamischen Handhabung durch *Corte* und *BVerfG* fordert das *UsCr* aber bei Primärrechtsänderungen eine explizite Verfassungsänderung, soweit eine Kollision zwischen Verfassungs- und Vertragstext nicht durch Konformauslegung vermieden werden kann.<sup>113</sup>

Mangels Anerkennung eines Vorrangs auch vor Verfassungsrecht besteht dieses Erfordernis in Polen stets im Fall der Kollision mit Sekundärrecht.<sup>114</sup> Das Fehlen einer expliziten Ewigkeitsklausel in der polnischen Verfassung wirkt sich zudem dergestalt aus, dass man zwar einige Höchstwerte der geltenden Verfassungsordnung benennt, die einer Übertragung von Hoheitsrechten im Wege stehen. Ähnlichkeiten zum französischen Modell bestehen insoweit, als dass auf die Möglichkeit einer Verfassungsänderung zur Herstellung der Unionsrechtskonformität verwiesen wird.<sup>115</sup> Das Gericht legt großen Wert, auf die Einhaltung verfassungsrechtlicher Verfahrensschritte für Übertragungen, es fehlt aber eine ausdrückliche Positionierung, ob bestimmte materielle Gehalte einer Revision entzogen sind.<sup>116</sup>

Erneut sei darauf hingewiesen, dass zum Teil bereits tatbestandliche Grenzen der Kompetenzübertragung bestehen (CI, KP, UC), die aber unterschiedlich berücksichtigt werden: Während die *Corte* final argumentiert, fokussiert der *Trybunał* den Wortlaut und das *UsCr* füllt die Tatbestandbegrenzung systematisch<sup>117</sup> durch die Ewigkeitsklausel aus. Normen dieser Art operationalisieren nur zwei Gerichte, im Modus bestehen allerdings auch hier große Unterschiede (sogleich). Ein drittes Gericht, das italienische, postuliert dagegen unantastbare Höchstwerte, relativ unabhängig von einer geschriebenen Ewigkeitsklausel. In Polen werden dagegen zwar der Supremat der Verfassung und auch im Rahmen der geltenden Verfassungsordnung unantastbare Höchstwerte betont, eine explizite Stellungnahme zu änderungsfestem Verfassungsrecht erfolgt jedoch nicht.<sup>118</sup>

### III. Inhalte der verfassungsgerichtlichen Identitätskonzepte

Vorangestellt sei bereits, dass alle verglichenen Staaten einen grundrechtlichen Mindeststandard zur Verfassungsidentität zählen. Übereinstimmend genannt werden das demokratische Prinzip, das Rechtsstaatsprinzip und die Ausübung der Grundlagen der Souveränität.<sup>119</sup> Die Sicherung dieser

Inhalte im Mehrebenensystem, sowie weitere staatsorganisationsrechtliche Vorbehalte unterscheiden sich z.T. erheblich. Angesichts des teilweise enormen Detailreichtums einiger Entscheidungen kann hier nur auf einige Hauptcharakteristika eingegangen werden. Sonderfälle bilden Frankreich und Italien allerdings insoweit, als dass die Ausführungen der *Corte* und des *Conseil* diesbez. erheblich knapper ausfallen, als in Deutschland und den „jungen“ Mitgliedstaaten. Das mag in Frankreich an den traditionell sehr knappen Urteilsbegründungen<sup>120</sup> sowie am Konzept der Verfassungsidentität des *Conseil* (dazu sogleich) liegen und in Italien am Alter der gefestigten *controlimiti*-Lehre<sup>121</sup>, zumal die *Corte* keine Entscheidungen zu den reformierten Verträgen treffen musste.<sup>122</sup> Feststellen lässt sich einzig, dass sie über die o.g. Formulierung der abstrakten *controlimiti* bisher nicht hinausgegangen ist und mangels Verstoß, auch noch keinen Anlass für eine Konkretisierung hatte.<sup>123</sup> Insofern stellt sich die Frage, ob der Übertragung überhaupt materielle Grenzen entgegengehalten würden, solange die *Ausübung* der Kompetenzen die *controlimiti* nicht tangiert.

Angesichts des Politikvorbehalts stellt es sich für den *Conseil* kompliziert dar, vom Ergebnis her denkend, abstrakt festzustellen, welche Bestimmungen eigentlich die *identité constitutionnelle* ausmachen: Mit jeder Revision der Verfassung kann sie sich ändern. Dementsprechend sucht der *Conseil* keinen statischen Zugang, sondern einen dynamisch-induktiven. Dies wird besonders deutlich, wenn er danach fragt, was denn die CF noch vom europäischen Verfassungsrecht unterscheidet (Kriterien der *spécificité* und der *disposition expresse contraire*) bzw. in welchen Punkten Souveränität derart eingeschränkt würde, dass ein wesentlicher Teil an Entscheidungsbefugnis wegfiel.<sup>124</sup> Die Aufzählung von Sachbereichen in den Entscheidungen zu den Verträgen von Maastricht und Lissabon ist insofern dergestalt zu betrachten, dass diese bloß unter Revisionsvorbehalt stehen.<sup>125</sup>

<sup>109</sup> *Corte*, sent. n.1146, 15.12.1988, cons. in diritto 2.1; *Tarli Barbieri/Federico* in: De Luca/Simoni (Fn. 39), S. 14; *Wendel* (Fn. 43), S. 329; *Cartabia* (Fn. 42), S. 316.

<sup>110</sup> *UsCr* (Fn. 79), Abs. 104; vgl. *Výhnánek*, ICL 2015, 240 (241).

<sup>111</sup> *Wendel* (Fn. 43), S. 458; *Piqani*, ECLS 2007, 213 (225).

<sup>112</sup> Insofern ähnlich, der neue Ansatz des *BVerfG*, s.o. Fn. 12, 13.

<sup>113</sup> *UsCr* (Fn. 63), Abs. 85, 91; vgl. *Wendel* (Fn. 43), S. 160; *Hufeld* (Fn. 10), S. 50; 54ff.; *Arnold* (Fn. 53), S. 318.

<sup>114</sup> *Tryb.*, 45/09, 16.11.2011, Abs. 2.7; *Kowalik-Bańczyk*, GLJ 2005, 1355 (1360f.).

<sup>115</sup> *Piqani*, ECLS 2007, 213 (221).

<sup>116</sup> Zur Diskussion um Ewigkeitssgarantien in Polen s. *Marciniak*, *VerfBlog*, 2016/6/28.

<sup>117</sup> *UsCr* (Fn. 63), Abs. 97.

<sup>118</sup> *Wendel*, *EuConst* 2011, 96 (124ff.).

<sup>119</sup> *Walter*, *ZaöRV* 2012, 189 (193); v. *Bogdandy/Schill*, *ZaöRV* 2010, 701 (715f.).

<sup>120</sup> *Magnon*, *RFDC* 2010, 417 Rn. 9.

<sup>121</sup> Bereits bei Herausbildung der *controlimiti*-Lehre, hielt man es für unwahrscheinlich, dass ein Eingriff erfolgen würde, vgl. *Caponi/Piekenbrock* (Fn. 39), § 26 Rn. 20 m.w.N.

<sup>122</sup> *S. Wendel*, *ICON* 2013, 981 (982); *Miccu* (Fn. 39), S.112; s.a. *Bifulco*, in: Huber (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon und das nationale Verfassungsrecht*, 2013, S. 58f.

<sup>123</sup> *Caponi/Piekenbrock* (Fn. 39), § 26 Rn. 23; *Wendel*, *EuConst* 2011, 96 (126).

<sup>124</sup> CC déc. n° 2007-560 DC, 20.12.2007, cons. 15, 16, 18, 20, 23.

<sup>125</sup> *Rathke* (Fn. 34), S. 127f.; *Wendel*, *EuConst* 2011, 96 (133).

Dieser sehr offenen Konzeption stellt das *BVerfG* nicht nur einen Katalog „seit jeher“<sup>126</sup> besonders sensibler Sachbereiche entgegen (s.o.), sondern entwickelt aus dem Demokratieprinzip auch ein Individualrecht auf bzw. die Garantie der Staatlichkeit per se.<sup>127</sup> Insb. dürfe die Übertragung von Hoheitsrechten nicht zur Kompetenz-Kompetenz der EU führen.<sup>128</sup>

Letzteres findet sich auch in den Urteilen des polnischen bzw. tschechischen Gerichts.<sup>129</sup> Sind sich die Gerichte diesbez. auch einig, lenken sowohl *UsCR* und *Trybunal* – z.T. unter direkter Bezugnahme auf die Lissabon-Entscheidung des *BVerfG* – den Blick auf die Schwierigkeit, was die Aufstellung eines solch detaillierten Katalogs angeht.<sup>130</sup> Das polnische Gericht unternimmt denn zwar den Versuch, der sich aber schließlich auch nur in einer Aufzählung allgemeiner Prinzipien erschöpft.<sup>131</sup> Bemerkenswert scheint die Annahme, zumindest einer Teilidentität von polnischer Verfassungsidentität und den in Art. 2, 3 EUV formulierten Werten der Union.<sup>132</sup> Das tschechische Gericht belässt es vollständig, bei der Aussage, dem Gesetzgeber stehe ein weiter politischer Einschätzungsspielraum zu und beschränkt sich auf eine Kontrolle im Einzelfall.<sup>133</sup> Insb. fällt auf, dass sowohl das tschechische als auch das polnische Gericht mehr in Prozessen denken und die Souveränität ihrerseits über die freie Entscheidung definieren, Hoheitsrechte zu übertragen.<sup>134</sup>

#### IV. Verfassungsidentität vor Gericht

Anschließend soll noch auf einige prozessuale Umstände eingegangen werden. Häufige Tendenzen sind die Beanspruchung eines Letztvorbehalts für die zumindest mittelbare Kontrolle des betroffenen EU-Rechts am Maßstab der Verfassung, unter gleichzeitiger Betonung des ultima ratio-Charakters bzw. der geringen Wahrscheinlichkeit dieses Schritts<sup>135</sup>, sowie die Beschränkung der eigenen Kontrolle auf den nicht determinierten Teil des Umsetzungsrechtsakts.<sup>136</sup>

Wie auch in den anderen Staaten vollzieht sich die gerichtliche Kontrolle der Integrationsgrenze in Deutschland über die allgemeinen Verfahrensarten.<sup>137</sup> Besondere Beachtung verdient allerdings die Konstruktion mittels derer das *BVerfG* eine Individualverfassungsbeschwerde gegen Primärrechtsänderungen gewährt: Neben der „Menschenwürdebeschwerde“<sup>138</sup> führt es eine Kontrolle ein, in der es die Behauptung des Klägers, es sei zu einer Kompetenzentleerung gekommen, überprüft, denn „der Wahlakt verlöre seinen Sinn, wenn das gewählte Staatsorgan nicht über ein hinreichendes Maß an Aufgaben und Befugnissen verfügte“.<sup>139</sup> Mangels eines rügefähigen Rechts wird das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG dahingehend aufgeladen, dass es dem Wähler zustehe, einen Abgeordneten mit hinreichenden Befugnissen zu wählen.<sup>140</sup> Dies ist bemerkenswert. Zum Einen verfügen Frankreich und Italien über keine Verfassungsbeschwerde, sodass Individualkläger verfassungsgerichtliche Kontrolle ausschließlich innerhalb eines einfachgerichtlichen Verfahrens – es geht regelm. um die Wirkungen europäischen Sekundärrechts – im Rahmen einer Art „konkreter Normenkontrolle“ erlangen können.<sup>141</sup> Zum anderen ist in Frankreich, wie auch in Polen und Tschechien der Kreis der möglichen

Antragsteller i.R.d. *ex-ante* Kontrolle völkerrechtlicher Verträge exklusiv auf organschaftliche Kläger beschränkt.<sup>142</sup> Indem das *BVerfG* den Einzelnen zum quasi-Staatsorgan macht,<sup>143</sup> vergrößert es den ohnehin vergleichsweise weiten Kreis der Antragsberechtigten und damit auch die Wahrscheinlichkeit einer Kontrolle.<sup>144</sup>

#### D. Sagt das Bundesverfassungsgericht „ja zu Europa“?<sup>145</sup>

Die nationalen Verfassungsgerichte und der EuGH bewegen sich inzwischen in einem hybriden Verbundsystem, das – auch und gerade im Hinblick auf Art. 4 Abs. 3 EUV – ein Höchstmaß an Kooperations- und Diskursbereitschaft sowie insb. auf mitgliedstaatlicher Seite richterliche Selbstbeschränkung, Rücksichtnahme und Deeskalation<sup>146</sup> voraussetzt um Konflikte zu vermeiden.<sup>147</sup> Zur Operationalisierung der nationalen Identität zugunsten der Mitgliedstaaten haben auch der EuGH und seine Generalanwälte inzwischen Kooperationsangebote gemacht.<sup>148</sup> Konfliktvermeidung erfolgt zudem durch europarechtskonforme Auslegung, wie sie inzwischen Gang und Gäbe ist.<sup>149</sup> Hinzu kommen Tendenzen, Werte, insb. Grundrechte als auf unionsrechtlicher Ebene bereits garantiert zu betrachten

<sup>126</sup> BVerfGE 123, 267 (359ff.), krit. Halberstam/Möllers, GLJ 2009, 1241 (1250f.).

<sup>127</sup> Böse, ZIS 2010, 76 (76); Nettesheim, NJW 2009, 2867 (2869).

<sup>128</sup> BVerfGE 123, 267 (349f., 353, 381ff.).

<sup>129</sup> Tryb. (Fn. 54), Abs. 2.1 S. 23; vgl. Dobbs, YEL 2014, 298 (312) m.w.N.

<sup>130</sup> Tryb. (Fn. 54), Abs. 2.1 S. 22f.; UsCr (Fn. 79), Abs. 111.

<sup>131</sup> Tryb. (Fn. 54), Abs. 2.1 S. 23; Arnold (Fn. 53), S. 316.

<sup>132</sup> Tryb. (Fn. 54), Abs. 2.2 S. 28.

<sup>133</sup> UsCr (Fn. 79), Abs. 111.; Laulhe Shaelou (Fn. 57), S. 142f.

<sup>134</sup> Rathke (Fn. 34), S. 121f.; Hufeld (Fn. 10), S. 51.

<sup>135</sup> Tryb. (Fn. 114), 2.7; UsCr (Fn. 65), 53.; Corte, sentenza 170, 05.06.1984, cons. in diritto 7; ordinanza 454, 13.12.2006.

<sup>136</sup> Wendel (Fn. 43), S. 458; Charpy, RFDC 2009, 621 Rn. 34.

<sup>137</sup> BVerfGE 123, 267 (354f.); Schlaich/Korloth, Das Bundesverfassungsgericht<sup>10</sup>, 2015, Rn. 360b.

<sup>138</sup> Vgl. insb. BVerfGE 140, 317.

<sup>139</sup> BVerfGE 123, 267 (330); sowie jüngst BVerfG, U.v. 21.06.2016, 2 BvR 2728/13, Rn. 80ff.

<sup>140</sup> BVerfG, U.v. 21.06.2016, 2 BvR 2728/13, Rn. 81ff., jetzt Kontrollanspruch auch bei verfassungswidrigem Unterlassen.

<sup>141</sup> Mayer/Lenski/Wendel, EuR 2008, 63 (65); Marsch (Fn. 6), § 6 Rn. 73f.; Caponi/Piekenbrock (Fn. 39), § 26 Rn. 11; Sommermann, DÖV 1999, 1017.

<sup>142</sup> Vranes (Fn. 17), S. 89; Kustra, GLJ 2015, 1543 (1546); Laulhe Shaelou (Fn. 58), S. 137, 143f.

<sup>143</sup> Mayer, EuR 2014, 473 (501ff.); krit. Sondervota zu BVerfGE 134, 366 der „Lissabon-Richter“ Lübke-Wolff (Rn. 15ff.) und Gerhardt (Rn. 21).

<sup>144</sup> Hufeld (Fn. 10), S. 52; krit. Mayer, EuR 2014, 473 (501ff.).

<sup>145</sup> Voßkuhle: „Das Grundgesetz sagt ‚Ja‘ zu Lissabon[...]“, FAZ vom 30.06.2009; dagegen Halberstam/Möllers : „The GCC says ‚Ja zu Deutschland‘“, GLJ 2009, 1242ff.

<sup>146</sup> Insb. zu erwogenen „Identitätskontrollverfahren“ Sauer, ZRP 2009, 195 (197f.).

<sup>147</sup> Haratsch, EuR 2016, 131 (139f.); Mayer, EuR 2014, 473 (499); Mayer/Walter, VerfBlog 2013/7/12; Martin, RFDC 2012, 13ff. Rn. 64; Pernice, AöR 2011, 185 (211ff., 214f.); v.Bogdandy/Schill, ZaöRV 2010, 701 (705, 735f.).

<sup>148</sup> Z.B. EuGH, Rs C-208/09, Slg. 2010, I-13693, Rn. 83 - Sayn-Wittgenstein/LH v. Wien; Corrias, EP 2016, 383 (388ff.); Dobbs, YEL 2014, 298 (308f.); z. älteren Rspr. s. Platon, RUE 2012, 150 (153ff.); zur Haltung der Generalanwälte s. Martin, RFDC 2012, 13 Rn. 5, 54, 68.

<sup>149</sup> Caponi/Piekenbrock (Fn. 39), § 26 Rn. 16; Gänswein (Fn. 52), S. 152f.



und damit nicht mehr zu prüfen.<sup>150</sup> Neben solche Äquivalenzannahmen können Homogenitätserwägungen i.d.S. treten, dass das Europarecht Kernprinzipien der eigenen Verfassung übernimmt und so die Grenzen dessen, was internen Schutzes bedarf, verschwimmen, tatsächlich auftretende Konflikte unwahrscheinlich werden.<sup>151</sup>

Die Europarechtsprechung des *BVerfG* zeichnet ein ambivalentes Bild. Zwar wird das Gericht nicht müde, die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und das „*Hand in Hand*“-Gehen im europäischen Verfassungsgerichtsverbund zu betonen; so findet sich in fast jeder dieser Entscheidungen auch die Warnung, im Ausnahmefall werde man gegen das Europarecht entscheiden.<sup>152</sup> Es geht (unter Verweis auf Art. 4 Abs. 2 EUV) zudem davon aus, dass ihm eine solche Letztentscheidung auch kraft Europarechts zustehe.<sup>153</sup> Allein steht es in Europa damit jedoch nicht: Letztvorbehalte finden sich auch in den Urteilen anderer europäischen Verfassungsgerichte.<sup>154</sup> Die Vorlagepraxis zum EuGH ist ebenfalls uneinheitlich, wenn das *BVerfG* auch als Nachzügler dasteht und insb. der *Conseil* auf Machtdemonstrationen verzichtet.<sup>155</sup> Zurückhaltung ggü. dem eigenen Gesetzgeber, d.h. Zurückhaltung in politischen Fragen, wie sie dem Konzept des *Conseil* innewohnt und wie sie z.B. das *UsCr* übt, sucht man in Karlsruhe vergebens.<sup>156</sup> Zudem wird wie gezeigt die Möglichkeit einer de facto Popularklage gegen die weitere Integration eröffnet.<sup>157</sup> Dies gilt erst Recht für die Garantie des Staates als solchem: Zwar taucht die Staatlichkeit auch in anderen<sup>158</sup> Entscheidungen – namentlich der polnischen und tschechischen Gerichte – auf, die im Stil der Ausführungen an das *BVerfG* erinnern, sie findet sich jedoch weitaus seltener, und auch hier lediglich in Aufzählungen, nicht als zentrales Argument.<sup>159</sup> Es fragt sich also, ob – insb. angesichts der restriktiven Handhabung derartiger Klauseln andernorts – Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG wirklich zwingend eine nationalstaatliche Demokratie fordert, oder ob der Norm nicht auch anders genüge getan werden kann, solange ihr Schutzzweck gewahrt ist.<sup>160</sup> Inso-

fern scheint der Vorwurf, das *BVerfG* betreibe Staatstheorie angesichts dieser detaillierten Vorgaben und Vorbehalte jedenfalls nicht aus der Luft gegriffen.<sup>161</sup> Im Hinblick auf die geforderte richterliche Zurückhaltung kann die Frage gestellt werden, ob angesichts der unbestimmten Begriffe<sup>162</sup>, mit denen im Verfassungsrecht operiert wird und die Notwendigkeit ihrer Ausfüllung durch gesetzgeberische Entscheidung, eben diese „von dem freien Ermessen eines politisch mehr oder weniger willkürlich zusammengesetzten Kollegiums, wie es das Verfassungsgericht ist, abhängig[...]"<sup>163</sup> sein sollte.

<sup>150</sup> CC déc. n° 2010-79 QPC, 17.12.2010, cons. 3; *Dobbs*, YEL 2014, 298 (312); *Walter*, ZaöRV 2012, 177 (195); *Charpy*, RFDC 2009, 621 Rn. 37; *UsCr* (Fn. 65), 52.

<sup>151</sup> 51]Tryb. (Fn. 54), Abs. 2.2 S. 28; *Rousseau* (Fn. 37), S. 98f.; *Corrias*, EP 2016, 383 (390f.); *Walter*, ZaöRV 2012, 177 (194); *Nicolaysen*, EuR Beiheft 1/2010, 9 (17).

<sup>152</sup> BVerfGE 123, 267 (354f.) sowie jüngst BVerfG, U. v. 21.06.2016, 2 BvR 2728/13, Rn. 154ff.

<sup>153</sup> BVerfG, U. v. 21.06.2016, 2 BvR 2728/13, Rn. 140; vgl. aber *Sauer*, VerfBlog, 2016/4/7.

<sup>154</sup> Überblick bei *Mayer* (Fn. 68), S. 579ff.; *Piqani*, EJLS 2007, 213 (229).

<sup>155</sup> Z. Stil ggü. d. EuGH: *Sauer*, VerfBlog, 2015/6/17; *Mayer/Walter*, VerfBlog, 2013/7/12; u. 2013/4/15; v. *Bogdandy/Schill*, ZaöRV 2010, 701 (716) „rhetorische“ Diskussion.

<sup>156</sup> *Wendel*, ICON 2013, 981 (989); v. *Bogdandy/Schill*, ZaöRV 2010, 701 (721); s.a. *Bifulco* (Fn. 122), S.61; s. *Lübbe-Wolff* u. *Gerhardt*, Sonder-vota zu BVerfGE 134, 366 (420ff. bzw. 430ff.).

<sup>157</sup> *Mayer*, EuR 2014, 473 (501); *Haratsch*, ZJS 2010, 122(123f.); *Nettesheim*, NJW 2009, 2867 (2869).

<sup>158</sup> I.d.R. BVerfGE 123, 267 zeitlich nachfolgenden.

<sup>159</sup> *Wendel*, EuConst 2011, 96 (136); krit. *Cassese* (Fn. 1), S. 126, 130f.

<sup>160</sup> *Herdegen* (Fn. 92), § 10 Rn. 27; *Pernice*, AöR 2011, 185 (219); *Böse*, ZIS 2010, 76 (79f.) vgl. a. *Sauer* (Fn. 7), § 9 Rn. 16.

<sup>161</sup> *Nettesheim*, NJW 2009, 2867 (2868); *Jestaedt*, Der Staat 2009, S. 510f.; *Schönberger* ibidem S. 542f.; *Walter*, ZaöRV 2012, 177 (193); *Sauer*, in: *Schröder/v.Ungern-Sternberg* (Hrsg.), 2011, S. 256ff., 259; s.a. *Mayer*, in: *Burgorgue-Larsen* (Hrsg.) (Fn. 36), S. 77ff.

<sup>162</sup> *Walter*, ZaöRV 2012, 177 (189, 190ff.); *Nicolaysen*, EuR Beiheft 1/2010, 9 (18); s. auch *Mayer*, EuR 2014, 473 (501ff.) sowie *Pernice*, AöR 2011, 185 (197f.).

<sup>163</sup> *Hans Kelsen*, VVDStRL 5, 1929, 30 (70).



Regina Wigand\*

# Schutz der Umwelt durch die Bahn und vor der Bahn

Zur Reichweite eines ökologischen Wandels der Bahnregulierung

## A. Einleitung

„Mobilität ist das Lebenselixier des europäischen Binnenmarktes.“<sup>1</sup> Dieses Statement der Europäischen Kommission steht im krassen Gegensatz zu dem Werbeslogan der Grünen „Verkehr ist Müll“<sup>2</sup>. Einerseits können die der europäischen Zusammenarbeit zugrundeliegenden Grundfreiheiten nur durch einen umfassenden grenzüberschreitenden Personen- und Güterverkehr garantiert werden. Andererseits ist das stetig steigende Verkehrsaufkommen<sup>3</sup> aus ökologischer Sicht mit Sorge zu betrachten, da Mobilität (fossile) Energie und Platz verbraucht und zu Schadstoff- und Lärmemissionen führt.<sup>4</sup>

In dem Spannungsfeld zwischen Mobilitätsgewährleistung und Umweltschutz bedarf es einer Bahnregulierung, die Mobilitätsbedürfnisse befriedigt und gleichzeitig Umweltbelangen weitestmöglich Rechnung trägt. Die vorliegende Arbeit untersucht den multifunktionalen Instrumentenkasten des Regulierungsrechts auf Steuerungsmöglichkeiten für einen verstärkten Umweltschutz im Personen- und Güterfernverkehr.

Ein erster Ansatz ist die Verkehrsverlagerung von der Straße auf die Schiene. Durch die Verschiebung des *Modal Split* wird die Umwelt *durch* die Bahn geschützt. Gleichzeitig muss die Umwelt aber auch *vor* der Bahn geschützt werden, indem der Schienenverkehr selbst umweltfreundlicher ausgestaltet wird. Handlungsbedarf besteht namentlich im Bereich des Lärmschutzes. Schließlich bestehen sogar Überlegungen, Verkehr als solchen zu vermeiden.

Als Ausgangspunkt ist der Umweltschutz in das Gefüge der Regulierungsziele einzuordnen (B). Darauf werden – vom Großen ins Kleine und vom Allgemeinen ins Spezielle – europäische und nationale Rechtsvorschriften untersucht.

Der Schwerpunkt der Arbeit liegt sodann auf einer Darstellung der verschiedenen Regulierungsinstrumente und ihrer Wechselwirkung (C): Wie können sie eingesetzt werden, um bestmöglichen Umweltschutz zu erreichen – kumulativ oder alternativ? Bedingen sie sich gegenseitig oder schränken sie sich gar ein?

## B. Umweltschutz im Gefüge der Regulierungsziele

Die Regulierung der Eisenbahn verfolgt ein komplexes Bündel konkurrierender Ziele. Neben ordnungsrechtlichen Sicherheitsinteressen (§ 1 I 1 Allgemeines Eisenbahngesetz<sup>5</sup> (AEG)), § 1 Nr. 5 Eisenbahnregulierungsgesetz<sup>6</sup> (ERegG)) ist für die Bahn wie für alle Netzsektoren das klassische Regulierungsziel der staatlichen Gewährleistungsverantwortung (vgl. Art. 20 I GG) für Infrastruktur (Art. 87e III, IV GG) und ein ausreichendes Verkehrsangebot (§ 1 I 1 AEG)

zu nennen.<sup>7</sup> Die Schaffung und Förderung von Wettbewerb wird zwar regelmäßig als (Selbst-) Ziel aufgeführt (§ 3 Nr. 2 ERegG),<sup>8</sup> ist hier aber bewusst als Mittel zur Erreichung der Regulierungsziele eingeordnet und daher erst an späterer Stelle zu behandeln.

Der für die Eisenbahn und das Energierecht sektorspezifische Umweltschutz wird demgegenüber explizit nur in den Nahverkehrsgesetzen der Länder (z.B. § 1 S. 2 ÖPNVG BW) erwähnt, nicht aber in den Zielbestimmungen der bundesdeutschen Regulierungsvorschriften. Gleichwohl kann er zahlreichen Stellen des AEG und des ERegG durch Auslegung mittelbar entnommen werden, insbesondere unter Rückgriff auf das europäische Primär- und das deutsche Verfassungsrecht.<sup>9</sup>

## I. Europäisches Primärrecht

Für den Verkehrssektor, in dessen Titel der Umweltschutz mangels Relevanz bei Normentstehung<sup>10</sup> gar keine Erwähnung findet (Art. 90 ff. AEUV), spielt die umweltrechtliche Querschnittsklausel<sup>11</sup> aus Art. 11 AEUV eine wichtige Rolle. Die Vorschrift erweitert die Berücksichtigung der Umwelterfordernisse rechtsverbindlich<sup>12</sup> („müssen“) auf alle potentiell umweltbeeinträchtigenden Maßnahmen. Damit trägt sie der Erkenntnis Rechnung, dass der Umweltschutz als bereichsübergreifende Materie gerade nicht isoliert als eigene Politik, sondern nur im Zusammenspiel mit anderen Rechtsbereichen verwirklicht werden kann.<sup>13</sup>

Folgerichtig muss auch das Verkehrsrecht und damit die Europäische Eisenbahnregulierung an den Erfordernissen des Umweltschutzes ausgerichtet werden. Gleiches geht aus Art.

\* Die Autorin ist Studentin der Bucerius Law School, Hamburg.

<sup>1</sup> Europäische Kommission, Weißbuch zum Verkehr, Fahrplan zu einem einheitlichen europäischen Verkehrsraum – hin zu einem wettbewerbsorientierten und ressourcenschonenden Verkehrssystem, Luxemburg 2011, S. 4.

<sup>2</sup> Zitat aus Steger, Vier grausame Wahrheiten, Zeit-Artikel abrufbar unter: <http://www.zeit.de/1993/38/vier-grausame-wahrheit>.

<sup>3</sup> Hütter, in: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Verkehr auf einen Blick, 2013, S. 4, 11.

<sup>4</sup> Richter, in: Umweltbundesamt (Hrsg.), Daten zum Verkehr, 1. Aufl., 2012, S. 1.

<sup>5</sup> BGBl. I S. 2378, 2396; 1994 I S. 2439, letzte Änderung: BGBl. I S. 2808.

<sup>6</sup> BGBl. I S. 2082.

<sup>7</sup> Fehling, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl., 2014, Einf. C. Rn. 32 f.

<sup>8</sup> Fehling, in: Hermes/Sellner (Fn. 7), Einf. C. Rn. 32, 34.

<sup>9</sup> Fehling, in: Hermes/Sellner (Fn. 7), Einf. C. Rn. 35; Fehling, in: Lüdemann u.a. (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, 2008, 118 (125).

<sup>10</sup> Fehling, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht Bd. 2, 7. Aufl., 2015, AEUV Art. 90 Rn. 64.

<sup>11</sup> Terminologie aus Epiney, NuR 1995, 497.

<sup>12</sup> Epiney/Heuck/Schleiss, in: Dauses (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2016, L. Rn. 137 f.

<sup>13</sup> Epiney, NuR 1995, 497.

90 AEUV hervor, der die gemeinsame Verkehrspolitik den „Ziele(n) der Verträge“ und damit dem Umweltschutz (Art. 3 III Uabs. 1 S. 2 EUV) unterstellt.

## II. Deutsches Verfassungsrecht

In der deutschen Verfassung ist der Umweltschutz seit 1994 in Art. 20a GG als natürliche Lebensgrundlage des Menschen definiert und garantiert.<sup>14</sup> Im eisenbahnspezifischen Art. 87e IV 1 GG schlägt er sich im „Wohl der Allgemeinheit“ nieder, zu dessen Konkretisierung auf den Umweltschutz Art. 20a GG herangezogen wird.<sup>15</sup>

## III. Deutsches Eisenbahnregulierungsrecht

Vor diesem Hintergrund müssen auch § 1 AEG und § 3 ERegG europarechts- und verfassungskonform als umweltschützend ausgelegt werden. Anhaltspunkte dafür bieten insbesondere vereinzelte Vorschriften zur Verkehrsverlagerung auf die Schiene (z.B. §§ 1 I 1, V AEG, § 3 Nr. 1 ERegG).<sup>16</sup> Neben diesem Ansatz des Schutzes *durch* die Bahn ist auch der Schutz *vor* Bahnärm in § 35 II 2, 3 ERegG angelegt, indem Anreize für Lärminderungen geschaffen werden.

## IV. Verhältnis zu anderen Regulierungszielen

In allen untersuchten Vorschriften ist der Umweltschutz teils explizit, zumindest aber implizit verankert und bildet gleichsam eine große Klammer um die europäische und deutsche Bahnregulierung.<sup>17</sup> Es stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis der Umweltschutz zu anderen Regulierungszielen, insbesondere dem der Mobilitätsgewährleistung steht. Regulatorische Umweltschutzmaßnahmen sind in aller Regel mit einer Einschränkung der staatlichen Mobilitätsgewährleistung verbunden. Dabei kann diese sowohl als Grundlage für eine wirtschaftliche Prosperität im europäischen Binnenmarkt<sup>18</sup> (1.) als auch in ihrer sozialstaatlichen Dimension der Daseinsvorsorge (2.) betroffen sein.

### 1. Umweltschutz und Binnenmarkt

Das Verhältnis von Umweltschutz zu den Grundfreiheiten als individualrechtliche Komponente des Binnenmarktes soll im Folgenden exemplarisch an der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) erörtert werden.

Jede regulatorische Einschränkung des Güterverkehrs ist geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“ und stellt daher eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung des Schutzbereichs der Warenverkehrsfreiheit i. S. d. *Dassonville*-Formel dar.<sup>19</sup>

Für die Warenverkehrsfreiheit statuiert zunächst Art. 36 S. 1 AEUV ausdrückliche Schranken, von denen für den Umweltschutz allein der Schutz der Gesundheit des Menschen in Betracht kommt. Wegen des Ausnahmecharakters der Norm sind diese geschriebenen Rechtfertigungsgründe allerdings abschließend und restriktiv auf staatliche Interessen von fundamentaler Bedeutung zu begrenzen,<sup>20</sup> sodass nur erhebliche, gesundheitsschädliche Lärmbelastungen durch Art. 36 S. 1 AEUV direkt gerechtfertigt werden können. Seit

der *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung<sup>21</sup> wird der Rechtfertigungskatalog des Art. 36 AEUV um zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses ergänzt, zu denen auch der Umweltschutz zählt.<sup>22</sup>

Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung<sup>23</sup> stellt sich sodann die Frage nach dem abstrakten Rang der beiden Rechtsgüter Binnenmarkt und Umweltschutz. Mitunter wird der Binnenmarkt als „oberstes Ziel der Verträge“ angesehen, dem gegenüber anderen Belangen prinzipiell Vorrang einzuräumen sei (vgl. Art. 3 I 1 EUV und Art. 26 I, II AEUV). Dem Verkehr komme dagegen die dienende Funktion zu, infrastrukturell eine möglichst lückenlose Garantie der Grundfreiheiten sicherzustellen.<sup>24</sup>

Diese Auffassung lässt sich historisch durch ein wirtschaftspolitisches Vorverständnis der Union erklären, entwickelte sie sich doch aus einer reinen Wirtschaftsunion. Aktuell befindet sich die europäische Union hingegen in einem Wandel von der Wirtschaftsunion zu einem immer diverseren Themenfeld,<sup>25</sup> das eine möglichst weitgehende Verwirklichung aller Ziele erfordert.<sup>26</sup> Dabei kommt dem Binnenmarkt zwar ein bedeutendes Gewicht, nicht aber ein absoluter Vorrang zu.<sup>27</sup> Denn auch ein bestmöglicher Umweltschutz (Art. 11 AEUV) unterfällt dem Grundsatz des *effet utile*.<sup>28</sup>

### 2. Umweltschutz und Daseinsvorsorge

Nichts anderes ergibt sich auf verfassungsrechtlicher Ebene für den Konflikt zwischen Umweltschutz (Art. 20a GG) und der Daseinsvorsorgeverpflichtung des Staates (Art. 87e IV 1 GG).<sup>29</sup> Im Gegensatz zur unionsrechtlichen Ebene erfolgt der

<sup>14</sup> Scholz, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz: Kommentar, Bd. 2, 2016, Art. 20a Rn. 1, 39; Murswiek, NVwZ 1006, 222 (224).

<sup>15</sup> Fehling, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 10 Rn. 16; Fehling, in: Lüdemann (Fn. 9), 118 (125); Murswiek, NVwZ 1996, 222 (223).

<sup>16</sup> Fehling, in: Hermes/Sellner (Fn. 7), Einf. C. Einf., Rn. 35; Fehling (Fn. 15), § 10 Rn. 16; Fehling, in: Lüdemann (Fn. 9), 118 (125).

<sup>17</sup> Vgl. Epiney/Heuck/Schleiss, in: Dausen (Fn. 12), L. Rn. 137 f.

<sup>18</sup> Fehling, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 10), AEUV Art. 90 Rn. 58f.

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-8/74 – *Dassonville*, Slg. 1974, I-837, Rn. 5; Klinggreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl., 2016, AEUV Art. 36 Rn. 37.

<sup>20</sup> EuGH, Rs. C-113/80 – *Kommission/Irland*, Slg. 1981, I-1625, Rn. 7; Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, AEUV Art. 36 Rn. 3.

<sup>21</sup> EuGH, Rs. C-120/78 – *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, I-649, Rn. 8; Schroeder, in: Streinz (Fn. 20), AEUV Art. 36 Rn. 3.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. C-302/86 – *Kommission/Dänemark*, Slg. 1988, I-4607, Rn. 7-11; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), AEUV Art. 191 Rn. 17.

<sup>23</sup> Rengeling/Heinz, JuS 1990, 613 (615 f.).

<sup>24</sup> Vgl. Epiney/Heuck/Schleiss, in: Dausen (Fn. 12), L. Rn. 149; Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), EUV, Art. 3 Rn. 22; Epiney, NuR 1995, 497 (498 f.).

<sup>25</sup> Fehling, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 10), AEUV Art. 90 Rn. 53.

<sup>26</sup> Rengeling/Heinz, JuS 1990, 613 (615 f.).

<sup>27</sup> Epiney/Heuck/Schleiss, in: Dausen (Fn. 12), L. Rn. 147.

<sup>28</sup> Epiney, NuR 1995, 497 (501 f.).

<sup>29</sup> 9]Bei beiden Regulierungszielen handelt es sich um sog. Staatsziele, also Direktiven, die Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung an gewisse Ziele binden, aber keine Mittel zu deren Erreichung vorschreiben, Murswiek, NVwZ 1996, 222 (223); Voßkuhle, NVwZ, 2013, 1 (1, 4); Möstl, in: Maunz/Dürig (Fn. 14), Art. 87e Rn. 182.

Ausgleich beider Belange aber nicht erst auf Rechtfertigungs-, sondern bereits auf Tatbestandsebene. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass das „Wohl der Allgemeinheit“ aus Art. 87e IV 1 GG sowohl das Regelbeispiel der Verkehrsbedürfnisse als auch über Art. 20a GG den Umweltschutz umfasst.

Solange die Minimalschwelle einer gewissen Grundversorgungspflicht des Staates aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG)<sup>30</sup> nicht unterschritten wird, steht die staatliche Gewährleistungspflicht mobilitätsbeschränkenden, aber die Umwelt schützenden Maßnahmen nicht grundsätzlich entgegen.

### 3. Zwischenergebnis

Umweltschutz und Mobilitätsgewährleistung sind europaweit verfassungsrechtlich abstrakt gleichrangige Regulierungsziele und daher in einen angemessenen Ausgleich zu bringen (praktische Konkordanz). Wie diese Zielsetzung durch konkrete regulatorische Maßnahmen zu realisieren ist, ist Gegenstand des folgenden Gliederungspunktes.

## C. Regulierungsinstrumente

Zur Verringerung von Umweltbelastungen kann Verkehr verlagert (I), verbessert (II) oder vermieden (III) werden.

### I. Verkehrsverlagerung auf die Schiene

Ausgehend von der Annahme, dass die Bahn das umweltfreundlichste Verkehrsmittel ist,<sup>31</sup> liegt es nahe, den Verkehr von der Straße auf die Schiene zu verlagern.

Eine Verpflichtung zur entfernungsabhängigen Transportmittelwahl<sup>32</sup> griffe aber zu weit: Sie käme dem faktischen Verbot bestimmter Verkehrsträger für bestimmte Streckenlängen gleich und wäre nicht mehr mit den Grundfreiheiten und Freiheitsgrundrechten zu vereinbaren. In Betracht kommt aber eine mittelbare Einflussnahme auf die Verteilung des Verkehrsaufkommens auf die Verkehrsträger. Im intermodalen Wettbewerb zwischen Straße und Schiene besteht ein signifikantes Substitutionspotential,<sup>33</sup> das durch eine geschickte Regulierung zugunsten der Bahn ausgenutzt werden kann. Zur Stärkung der Bahn im intermodalen Wettbewerb muss einerseits die Attraktivität der Bahn gesteigert, andererseits können andere Verkehrsmittel regulatorisch zurückgedrängt werden. Eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt auch ein gut funktionierender kombinierter Verkehr.

#### 1. Attraktivitätssteigerung der Bahn

Grundvoraussetzungen für eine hohe Attraktivität der Bahn im intermodalen Wettbewerb sind ein wirksamer intramodaler Wettbewerb und ein reibungsloser grenzüberschreitender Verkehr.

##### a) Intramodaler Wettbewerb

Um das der Eisenbahn immanente natürliche Monopol auf Netzebene<sup>34</sup> zu überwinden, muss intramodaler Wettbewerb sowohl *um* den Markt als auch *im* Markt gefördert und ausgestaltet werden.

Bei der Vergabe gemeinwirtschaftlicher Leistungen (Wettbewerb *um* den Markt) durch einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag können Umweltstandards sogar direkt vorgegeben werden (§ 8a I Personenbeförderungsgesetz<sup>35</sup> (PBefG)).<sup>36</sup> Dies betrifft aber vor allem den i.d.R. eigenwirtschaftlich nicht rentablen Schienenpersonen-Nahverkehr.

*Im* Markt wird Wettbewerb zwischen verschiedenen Verkehrsunternehmen durch Zugangsrechte von Konkurrenten zur Eisenbahninfrastruktur (§ 10 ERegG) mit entsprechender Entgeltregulierung (§§ 25 ff. ERegG) sichergestellt.<sup>37</sup> Das neue ERegG gibt dabei nur geringe Impulse zu einer Steigerung des intramodalen Wettbewerbs, geht es doch wenig über die Vorgaben des AEG hinaus.<sup>38</sup> Verbesserungspotential besteht insbesondere im Bereich der Entflechtung von Infrastruktur und Verkehrsunternehmen, die sich momentan auf eine organisatorische und buchhalterische Trennung beschränkt (§ 7, 8, 12 I, II ERegG). Je vollständiger die Trennung, desto höhere Preisreduktionen können erzielt werden.<sup>39</sup>

Eine über diese Grobstruktur hinausgehende Vertiefung der Wettbewerbsförderung würde den Rahmen der Arbeit sprengen. Von weit größerem Interesse sind hier die Auswirkungen eines bestmöglich geförderten intramodalen Wettbewerbs auf den intermodalen Wettbewerb und damit auf den Umweltschutz.

An der These, dass intramodaler Wettbewerb den intermodalen Wettbewerb zugunsten der Bahn beeinflusst, könnte man unter dem Gesichtspunkt zweifeln, dass Wettbewerb die Bahn – statt attraktiver – nur billiger mache und folglich ihre Attraktivität senke. Dem lässt sich in zweierlei Hinsicht begegnen.

Erstens sind gerade geringe Fahrpreise ein entscheidender Faktor der Attraktivität von Verkehrsmitteln.<sup>40</sup> Zweitens wird sich die Angebotsverbesserung im freien Wettbewerb nicht wie bei homogenen Gütern auf reines Preisdrücken beschränken, sondern proportional an den Bedürfnissen der Nachfrager ausrichten. Dort spielen neben dem Preis aber

<sup>30</sup> Möstl, in: Maunz/Dürig (Fn.14), Art. 87e Rn. 182.

<sup>31</sup> Fehling (Fn. 15), § 10 Rn. 16.

<sup>32</sup> Dies befürwortet: Schäfer, Ökologistik: Güterverkehr im Spannungsfeld von Ökonomie und Ökologie; eine Tagung der Friedrich-Ebert-Stiftung am 25. November 1993 in Bonn, Bonn 2002 (abrufbar unter: <http://library.fes.de/fulltext/fo-wirtschaft/00338toc.htm>), S. 22.

<sup>33</sup> Fehling (Fn. 15), § 10 Rn. 2; Fehling, in: Lüdemann (Fn. 9), 118 (146 f.).

<sup>34</sup> Pielow, JuS 2006, 692 (694).

<sup>35</sup> 5]BGBl. I S. 1690, letzte Änderung: BGBl. I S. 2808.

<sup>36</sup> Vgl. Erwägungsgrund 17 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, ABl. EU L 315/I, S. 1.

<sup>37</sup> Fehling, in: Lüdemann (Fn. 9), 118 (130); Pielow, JuS 2006, 692 (694).

<sup>38</sup> Gerpott, N&R 2016, 277 (279).

<sup>39</sup> Elsenblast, Wirtschaftsdienst 2006, 256 (259).

<sup>40</sup> Statista, Gründe für die Wahl des Fernlinienbusses, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/372772/umfrage/gruende-fuer-die-wahl-fernbus/>.



auch Fahrkomfort und –ablauf, Erreichbarkeit, Fahrtdauer und Zuverlässigkeit eine wichtige Rolle.<sup>41</sup>

Die berechtigte Sorge, dass mit dem Streben nach Preisreduktion auch bei Umweltschutzmaßnahmen gespart wird, lässt sich mit einer ähnlichen Argumentation entkräften. Immerhin knapp 30% der Bahnfahrer legen großen Wert auf Umweltfreundlichkeit,<sup>42</sup> sodass diese im Wettbewerbsprozess nicht unberücksichtigt bleiben kann. Gleichwohl besteht hier ein über die reine Wettbewerbsförderung hinausgehender direkter Regulierungsbedarf in Bezug auf die Umweltverträglichkeit der Bahn.

Insgesamt wird ein intensivierter intramodaler Wettbewerb das Angebot der Bahn nachfrageorientiert optimieren. Damit einher geht eine Stärkung der Bahn im intermodalen Wettbewerb, sodass deren umweltpolitisches Potential besser ausgeschöpft werden kann. Dies gilt freilich nur insoweit, als sich die Interessen von Bahn Nutzern (intramodaler Wettbewerb) und Nutzern anderer Verkehrsmittel (intermodaler Wettbewerb) überschneiden.

#### b) Interoperabilität im grenzüberschreitenden Schienenverkehr

Eine weitere unabdingbare Voraussetzung für die Wettbewerbsfähigkeit der Bahn im intermodalen Wettbewerb ist die Gewährleistung eines reibungslosen grenzüberschreitenden Verkehrs. Während der Kraftverkehr Landesgrenzen einfach ohne Zwischenschritte überfährt, wird der grenzüberschreitende Bahnverkehr regelmäßig durch Lokwechsel am Grenzbahnhof, zuweilen sogar durch Umsteigen oder Umladen auf andere Züge unterbrochen. Zurückzuführen ist dies auf viele nationale, historisch unterschiedlich gewachsene Bahnsysteme, die in infrastruktureller, technischer und zulassungsrechtlicher Hinsicht kompatibel gemacht werden müssen.<sup>43</sup>

Das Ziel der Interoperabilität ist in Art. 170 II AEUV verankert und in § 2 Nr. 1 Interoperabilitätsverordnung<sup>44</sup> legaldefiniert als die Eignung des Eisenbahnsystems für den sicheren und durchgehenden Zugverkehr. Wesentliche Schritte umfassen erstens die gegenseitige Anerkennung der Verkehrszulassungen anderer Mitgliedstaaten und zweitens die Vereinheitlichung technischer Normen, etwa in Bezug auf Spurweite, Lichtraumprofil, Stromsystem, Steuerung, Sicherung, Signalgebung, Telematik, Qualifikation des Personals und Güterwagen.<sup>45</sup>

Die einzelnen Interoperabilitätsmaßnahmen sind Zwischenschritte im langfristigen Trend zu transeuropäischen Verkehrsnetzen (Art. 170 I AEUV). Für deren Ausbau sieht die Verordnung über Leitlinien für die transeuropäischen Verkehrsnetze<sup>46</sup> die Realisierung eines Kernnetzes grenzüberschreitender Korridore bis 2030 und eines flächendeckenden Gesamtnetzes bis 2050 vor.

## 2. Regulatorische Zurückdrängung des Straßenverkehrs

Nachdem gezeigt wurde, wie man die Waagschale der Bahn beschweren kann, muss ebenfalls darüber nachgedacht werden, auf der anderen Seite Gewicht wegzunehmen. Mit

anderen Worten: Wie (weit) kann der Straßenverkehr regulatorisch zugunsten der Bahn zurückgedrängt werden?

Eine konsequente Beachtung des Verursacherprinzips (Art. 191 II AEUV) verlangt eine Internalisierung externer Kosten. Demzufolge sollten Umwelt- und Infrastrukturkosten – statt von der Allgemeinheit – von den Verkehrsteilnehmern selbst getragen werden.<sup>47</sup> Umweltschädliche Verkehrsmittel würden sich verteuern und der Verkehr daher auf die umweltfreundlicheren Verkehrsmittel schwenken. Eine konkrete Ausformung des Verursacherprinzips ist die streckenbezogene<sup>48</sup> Maut-Gebühr, wie sie in Deutschland bisher nur für LKWs besteht (§ 1 I Gesetz über die Erhebung von streckenbezogenen Gebühren für die Benutzung von Bundesautobahnen und Bundesstraßen<sup>49</sup> (BFStrMG)).<sup>50</sup> Es wäre wünschenswert, das Verursacherprinzip im Interesse des Umweltschutzes durch Mautgebühren auf den PKW- und Fernbusverkehr auszudehnen.<sup>51</sup>

An der generellen Liberalisierung des Fernbusverkehrs seit der Novelle des PBefG, durch die 2013 der Konkurrentenschutz der Bahn für den Personenfernverkehr ausdrücklich ausgeschlossen wurde (§ 13 II 2 PBefG),<sup>52</sup> ist indes aus umweltrechtlichen Gesichtspunkten nichts auszusetzen.

Zunächst bedient der Fernbus zumindest teilweise ein anderes Nachfragefeld, d.h. entweder einen besonders preisflexiblen Kundenstamm<sup>53</sup> oder besondere Verbindungen wie Nachtfahrten, internationale Verbindungen oder die Anbindung entfernter Gebiete. Damit schließt er Marktlücken in Bereichen, aus denen sich die Bahn (noch) nicht betätigt oder zurückgezogen hat.<sup>54</sup>

<sup>41</sup> 1]Statista, Gründe für die Nutzung vom Schienenpersonenverkehr, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/28393/umfrage/gruende-der-bahnfahrer-fuer-die-nutzung-vom-schienenpersonenverkehr/>.

<sup>42</sup> 2]Statista, Gründe für die Nutzung vom Schienenpersonenverkehr, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/28393/umfrage/gruende-der-bahnfahrer-fuer-die-nutzung-vom-schienenpersonenverkehr/>.

<sup>43</sup> Vgl. Epiney/Heuck/Schleiss, in: Dausen (Fn. 12), L. Rn. 450.

<sup>44</sup> Verordnung über die Interoperabilität des transeuropäischen Eisenbahnsystems, BGBl. I S. 1305, letzte Änderung: BGBl. I S. 1225.

<sup>45</sup> Hilgers, InTeR 2016, 70 (74, 78).

<sup>46</sup> Verordnung (EU) Nr. 1315/2013 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013 über Leitlinien der Union für den Aufbau eines transeuropäischen Verkehrsnetzes und zur Aufhebung des Beschlusses Nr. 661/2010/EU.

<sup>47</sup> Epiney/Heuck/Schleiss, in: Dausen (Fn. 12), L. Rn. 148.

<sup>48</sup> Eine zeitabhängige Vignette würde als „Flatrate“ doch eher zum Vielfahren animieren.

<sup>49</sup> BGBl. I S. 1378, letzte Änderung: BGBl. I S. 3122.

<sup>50</sup> Seit der Änderungsrichtlinie 2011/76/EU können darin auch externen Umweltkosten durch Luftverschmutzung oder Lärmbelastung (Art. 7c I) enthalten sein; vgl. Fehling, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 10), AEUV Art. 91 Rn. 44.

<sup>51</sup> Zur europä- und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit sowie konkreten Ausgestaltungsmöglichkeiten einer PKW-Maut siehe: Münzing, NZV 2014, 197.

<sup>52</sup> Maier, DÖV, 2013, 180 (183).

<sup>53</sup> Maier, DÖV, 2013, 180 (185).

<sup>54</sup> Bundesamt für Güterverkehr (Hrsg.), Marktbeobachtung Güterverkehr, Marktanalyse des Fernbuslinienverkehrs 2015, S. 2, 50.



Selbst soweit der Fernbus einen gleichen Kundenstamm und parallele Strecken bedient,<sup>55</sup> sind die schädlichen Umweltauswirkungen des Busverkehrs, insb. Schadstoffausstöße, bei maximaler Auslastung kaum geringer als die der Bahn.<sup>56</sup> In der Folge ließe sich der Eingriff in die Berufsfreiheit der Busunternehmer auf höchster Stufe (objektive Marktzugangsrestriktion)<sup>57</sup> nicht rechtfertigen.

Vor diesem Hintergrund sollten sich Bus und Bahn nicht gegenseitig bekriegen, sondern zu einer gemeinsamen umweltfreundlichen Alternative gegen Auto und Flugzeug verbinden – für die ökologische Wende brauchen wir beide.<sup>58</sup>

### 3. Kombinierte Verkehr

Trotz aller Zurückdrängungsmaßnahmen wird immer ein Minimum des Individualverkehrs bleiben, da das letzte Ziel in der Mobilitätskette regelmäßig weit entfernt von der Schieneninfrastruktur liegt.

Das Lösungskonzept ist ein kombinierter Verkehr, in dem die Umweltvorteile des Bahnverkehrs für lange Entfernungen mit der Flexibilität des individuellen Straßenverkehrs für das letzte Wegstück kombiniert werden.<sup>59</sup> Die Bahn wird als zwischengeschaltetes Verkehrsmittel nur gewählt, wenn sie optimal auf die vor- bzw. nachgelagerten Verkehrsmittel abgestimmt ist. Im Güterverkehr verlangt dies ein differenziertes Logistikkonzept mit effizienten Schnittstellen, die ein nahtloses und schnelles Umladen ermöglichen.<sup>60</sup> Praktisch gesehen funktioniert dies entweder, indem ganze LKWs oder Container auf die Bahn und zurück verladen werden.<sup>61</sup>

Der kombinierte Verkehr hebt also die Dualität zwischen Schienen- und Straßenverkehr auf und optimiert stattdessen das Gesamtsystem. Straßenverkehr muss nicht prinzipiell eingedämmt, sondern nur strategisch klug auf ein kurzes letztes Stück „bis vor die Haustür“ beschränkt werden.<sup>62</sup>

## II. Verbesserung der Umweltverträglichkeit der Bahn

Will man Verkehr auf die Schiene verlagern, muss man erst recht die Schiene selbst möglichst emissionsarm ausgestalten. Großes Verbesserungspotential besteht nach wie vor im Bereich des Schienenlärms,<sup>63</sup> der zuweilen sogar als „Achillesverse der Bahn“<sup>64</sup> bezeichnet wird. Folgerichtig hat sich die Bundesregierung das Ziel gesetzt, den Schienenlärm bis 2020 zu halbieren.<sup>65</sup> Die Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels untergliedern sich zeitlich wie rechtlich in Lärmvorsorge beim Bau oder wesentlichen Änderungen von Schienenwegen und Lärmsanierungsmaßnahmen an bestehenden Schienenwegen.

### 1. Lärmvorsorge beim Bau oder wesentlichen Änderungen von Schienenwegen

Für den Bau oder wesentliche Änderungen an Schienenwegen sehen die §§ 41 ff. BImSchG ein vierstufiges Lärmschutzprogramm vor.<sup>66</sup>

An erster Stelle steht der planerische Lärmschutz nach § 50 S. 1 BImSchG, der – dem Vorsorgeprinzip getreu – frühestmöglich ansetzt und schädliche Umwelteinwirkungen räumlich

weitestmöglich von Wohngebieten fernhält (Trennungsgrundsatz).<sup>67</sup> Auf zweiter Stufe folgt der aktive Lärmschutz nach § 41 I BImSchG, der Lärmvorkehrungen am Emissionsort und auf dem Übertragungsweg vorschreibt. Er unterliegt dem doppelten Vorbehalt der Vermeidbarkeit (§ 41 I BImSchG) und der Unverhältnismäßigkeit (§ 41 II BImSchG).<sup>68</sup> In diesen Fällen greift auf dritter Stufe der passive Lärmschutz (§ 42 BImSchG), der den Betroffenen Entschädigungsansprüche gegen den Vorhabenträger für selbst vorgenommene Schutzmaßnahmen an eigenen Einrichtungen (z.B. Schallschutzfenster) einräumt.<sup>69</sup> Erst auf vierter Stufe kommen schließlich, gegenüber den anderen Maßnahmen subsidiär, Entschädigungsansprüche infrage für solche Geräuschbeeinträchtigungen, die auf den Stufen 1-3 nicht verhindert werden konnten (§ 74 II 3 VwVfG i. V. m. § 42 II 2 BImSchG). Der materiellrechtliche Maßstab für die Beurteilungen nach §§ 41 f. wird in der Sechzehnten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes<sup>70</sup> (16. BImSchV) u.a. durch die Festlegung von Immissionsgrenzwerten konkretisiert (§ 42 I 1 Nr. 1 BImSchG). In diesem Zusammenhang ist die Abschaffung des sog. Schienenbonus zum 01.01.2015 hervorzuheben. Unter Hinweis auf eine allgemein geringere Störwirkung des Schienenverkehrs war bisher ein pauschaler Abschlag von 5 Dezibel von dem ermittelten Beurteilungspegel vorgenommen worden.<sup>71</sup> Die Aufhebung dieser Bevorzugung stößt im Hinblick auf Lärmschutz freilich auf Wohlwollen, im Hinblick auf Verkehrsverlagerung allerdings auf Bedenken. Schränkt die Verbesserung der Umweltverträglichkeit der Bahn nicht ihre Rolle im intermodalen Wettbewerb? Dafür spricht zunächst, dass alle Lärmschutzmaßnahmen wie die Abschaffung des Schienenbonus zusätzliche Kosten auf Seite der Infrastrukturbetreiber verursachen. Diese werden wiederum über Zugangsentgelte oder direkt auf den Endnutzer umgelegt, verteuern damit die Bahn und schwächen sie im intermodalen Wettbewerb.

<sup>55</sup> Bundesamt für Güterverkehr (Hrsg.), Marktbeobachtung (Fn. 54), S. 3, 51.

<sup>56</sup> Umweltbundesamt (Hrsg.), CO<sub>2</sub>-Emissionsminderung im Verkehr in Deutschland, Mögliche Maßnahmen und ihre Minderungspotentiale, 2010, S. 12.

<sup>57</sup> Maier, DÖV, 2013, 180 (184).

<sup>58</sup> Vgl. Bund, Vergesst es!, Zeit-Artikel abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2015/13/fernbus-bahn-auto-verkehr>.

<sup>59</sup> Epiney/Heuck/Schleiss, in: Dausen (Fn. 12), L. Rn. 433.

<sup>60</sup> Europäische Kommission, Weißbuch zum Verkehr (Fn. 1), S. 8.

<sup>61</sup> Epiney/Heuck/Schleiss, in: Dausen (Fn. 12), L. Rn. 433.

<sup>62</sup> Kommission, Weißbuch zum Verkehr (Fn. 1), S. 6.

<sup>63</sup> Knapp ein Fünftel der Bevölkerung empfindet Schienenverkehrslärm als Belästigung, so statista, Lärmbelästigung durch Schienenverkehr, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/13185/umfrage/meinung-zur-laermbelaestigung-durch-schienenverkehr/>.

<sup>64</sup> So Ines Jähnel, Lärmbeauftragte der Deutschen Bahn, unter: <https://www.allianz-pro-schiene.de/presse/pressemitteilungen/2014-017-plattform-leise-bahnen-schienenlaerm/>.

<sup>65</sup> Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (Hrsg.), Lärmschutz im Schienenverkehr, Alles über Schallpegel, innovative Technik und Lärmschutz an der Quelle, 2016, S. 1.

<sup>66</sup> Jarass, in: Jarass (Hrsg.), Bundes-Immissionsschutzgesetz, Kommentar, 11. Aufl., 2015, § 41 Rn. 2; Krappel, Lärmschutz in der eisenbahnrechtlichen Planfeststellung, 2011, S. 59.

<sup>67</sup> Krappel (Fn. 66), S. 60.

<sup>68</sup> Krappel (Fn. 66), S. 60 f.

<sup>69</sup> Krappel (Fn. 66), S. 61.

<sup>70</sup> BGBl. I S. 1036, letzte Änderung: BGBl. I S. 2269.

<sup>71</sup> BMVI (Hrsg.), Lärmschutz im Schienenverkehr (Fn. 65), S. 60.

Diese Tendenz ist zwar ernst zu nehmen, kann aber durch die Überlegung gedämpft werden, dass mit einer verminderten Lärmbelastung eine erhebliche Akzeptanzsteigerung<sup>72</sup> einhergeht, die den *Modal Split* wieder in die andere Richtung verschiebt.

## 2. Lärmsanierung an bestehenden Schienenwegen

Das lückenlose, sauber abgestufte System der §§ 41 ff. BImSchG i. V. m. der 16. BImSchV überzeugt in seiner Dogmatik, hat für einen kurzfristigen Lärmschutz aber den entscheidenden Haken, dass es auf den „Bau oder wesentlichen Änderung von Schienenwegen“ beschränkt ist (§ 41 I BImSchG, § 1 I BImSchV). Der allergrößte Teil des Schienennetzes besteht aber schon und häufig sogar nah an Wohnbebauungen.<sup>73</sup> Es bedarf also alternativer Regulierungsansätze für eine Lärmsanierung an schon bestehenden Schienenwegen.

Vielversprechend sind vor allem finanzielle Umrüstungsanreize, die wieder unter Rückgriff auf das Verursacherprinzip zu einer Internalisierung von Umweltkosten führen. Das geschieht insbesondere durch ein möglichst weit gespreiztes lärmabhängiges Trassenpreissystem mit Zu- und Abschlägen auf Lärmeffekte, wie es § 35 II 2, 3 ERegG und Art. 31 V der Richtlinie 2012/34/EU<sup>74</sup> vorgesehen ist.<sup>75</sup>

An dieser Stelle ist auf eine weitere Wechselwirkung zwischen verschiedenen Regulierungsinstrumenten hinzuweisen: Einerseits fördert Interoperabilität die Attraktivität der Bahn im intermodalen Wettbewerb. Andererseits steht aber zu befürchten, dass die an einem europäischen Mittelmaß orientierten technischen Spezifikationen das Potential von besonders hochwertigen nationalen Lärmschutzinnovationen einschränken, muss doch immer eine Kompatibilität mit allen anderen Mitgliedstaaten gewahrt werden.

## III. Verkehrsvermeidung

Ein dritter, nicht zu vernachlässigender Ansatz fragt nicht nach dem „wie“ von Mobilität, sondern nach dem „ob“. Warum den Verkehr verlagern und verbessern, wenn man ihn auch vermeiden kann?<sup>76</sup> An erster Stelle sollte das Problem daher an der Wurzel gepackt und die Bewegung von Menschen und Gütern als solche eingeschränkt werden.<sup>77</sup>

Konzepte zur Eindämmung des Verkehrsvolumens umfassen konkret etwa eine Steuerung der Nachfrage nach Transportkapazitäten,<sup>78</sup> um die Auslastung von Verkehrsträgern zu steigern und damit Leerfahrten zu vermeiden. Eine weitere Möglichkeit besteht in der Verminderung von Verkehrs- und Transportentfernungen durch Annäherung von Produktions- und Konsumstätten mit produktionsnahen Zuliefererstrukturen (Entkoppelung von Wirtschafts- und Verkehrswachstum).<sup>79</sup> Schließlich sind sogar Verkehrsverbote,

beispielsweise Nachtfahrverbote oder Fahrverbote für laute Güterwagen ohne Verbundstoffsohlen zur Verminderung der Lärmbelastung denkbar.<sup>80</sup>

Erst wenn das Verkehrsvolumen durch solche Maßnahmen auf das erforderliche Maß reduziert ist, sind die unter I. und II. erörterten Maßnahmen zu ergreifen, um das – zugegebenermaßen sehr große – Restvolumen umweltfreundlich zu ausgestalten.

## D. Fazit

Abschließend ist auf die Anfangsfrage zurückzukommen: Schutz der Umwelt *durch* die Bahn oder *vor* der Bahn? Sowohl als auch!

Die Zunahme des Verkehrsaufkommens erfordert eine zeitgleiche Ergreifung von Kompensationsmaßnahmen durch Verkehrsverlagerung und Verbesserung der Umweltverträglichkeit der Bahn. Noch vor der Verteilung und Qualität muss aber die Quantität des Verkehrs gesteuert, also verringert werden. Insofern ließe sich der Titel dieser Arbeit überspitzt auf „Umweltschutz *durch*, *vor* und *ohne* die Bahn“ erweitern.

Dass sich die einzelnen Regulierungsansätze gegenseitig beschränken, wurde ebenso gezeigt wie gewisse Synergieeffekte. Um diese Wechselwirkungen und etwaige Beeinträchtigungen der freien Mobilität angemessen berücksichtigen zu können, gebührt den Unionsorganen und dem nationalen Gesetzgeber ein großer Gestaltungsspielraum. Dabei gilt es, nicht einzelne Ansätze, sondern das Gesamtsystem zu optimieren. Die betrachteten, mitunter stark europarechtlich geprägten Maßnahmen zeigen punktuell viele vielversprechende Ansätze, lassen aber (noch) kein stringentes Optimierungskonzept erkennen. Darauf gilt es in Zukunft trotz der Trägheit des europäischen Kompromissfindungsprozesses hinzuarbeiten. Bahn frei für eine auf Dauer tragbare Mobilität!

<sup>72</sup> Vgl. Sparwasser/Rombach, NVwZ 2007, 1135 (1135); BM-VI(Hrsg.), Lärmschutz im Schienenverkehr (Fn. 65), S. 1.

<sup>73</sup> Hafner, NVwZ 2015, 648.

<sup>74</sup> Richtlinie 2012/34/EU[74] des europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums, ABl. EG Nr. L 343/32, S. 1.

<sup>75</sup> Fehling, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 10), AEUV Art. 91 Rn. 80; BMVI(Hrsg.), Lärmschutz im Schienenverkehr (Fn. 65), S. 43 – 47.

<sup>76</sup> Insbesondere reicht die „Ökologisierung“ des Verkehrs allein gar nicht aus, um das aktuelle Verkehrswachstum zu kompensieren, s. Fehling, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 10), AEUV Art. 90 Rn. 66; Schäfer, Ökologistik: Güterverkehr im Spannungsfeld von Ökonomie und Ökologie (Fn. 32), S. 21, 24.

<sup>77</sup> Epiney/Heuck/Schleiss, in: Dausen (Fn. 12), L. Rn. 594.

<sup>78</sup> Epiney/Heuck/Schleiss, in: Dausen (Fn. 12), L. Rn. 148.

<sup>79</sup> Epiney, NuR 1995, 497 (504); Schäfer, Ökologistik: Güterverkehr im Spannungsfeld von Ökonomie und Ökologie (Fn. 32), S. 22.

<sup>80</sup> Epiney/Heuck/Schleiss, in: Dausen (Fn. 12), L. Rn. 177.

Dr. Dirk Kocher, LL. M.\*

## Probleme der Managers' Transactions unter der Marktmissbrauchsverordnung

### A. Einleitung

Seit dem 3. Juli 2016 sind Meldungen von Managers' Transactions (auf Deutsch auch Eigengeschäfte von Führungskräften) nicht mehr im deutschen WpHG geregelt, wo sie noch als Directors' Dealings bezeichnet wurden. Vielmehr gilt dafür nun das unmittelbare Europarecht der Marktmissbrauchsverordnung (MMVO)<sup>1</sup>. Neben Art. 19 MMVO sind aber weitere Umsetzungsrechtsakte und Leitlinien zu beachten. Hinsichtlich Managers' Transactions sind dies insbesondere die delegierte Verordnung (EU) 2016/522, die Durchführungsverordnung (EU) 2016/523 und § 15 Abs. 2 WpHG n.F. sowie die FAQ für Eigengeschäfte von Führungskräften der BaFin und die Q&A der ESMA (ESMA70-145-111).<sup>2</sup> Der Rechtsanwender steht hier vor den gleichen Problemen wie bei weiteren Fragen der MMVO: Die verschiedenen Sprachfassungen der Normtexte weichen zum Teil erheblich voneinander ab<sup>3</sup>, die Rechtsmaterie ist aufgrund der vielen Rechtsquellen unübersichtlich geregelt und die Qualität der Rechtssetzung muss als defizitär bezeichnet werden.<sup>4</sup>

Der nachfolgende Beitrag gibt einen kurzen Überblick über die Neuerungen durch die MMVO<sup>5</sup>, konzentriert sich aber im Wesentlichen auf die sich jeweils ergebenden Streitfragen und praktischen Anwendungsprobleme. Die Handelsverbote während der sog. Closed Periods werden nicht behandelt.<sup>6</sup>

### B. Anwendungsbereich

#### I. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich wurde gegenüber dem WpHG deutlich erweitert. Art. 19 Abs. 1 MMVO erfasst neben Anteilen auch Schuldtitel, Derivate oder andere damit verbundene Finanzinstrumente i.S.d. Richtlinie 2014/65/EU.

V.a. aber weitet Art. 19 Abs. 4 MMVO den Kreis der umfassten Emittenten erheblich aus: Neben einer Handelszulassung von Finanzinstrumenten zum geregelten Markt (lit. a)) genügt nun nach lit. b) auch eine Zulassung auf einem multilateralen (MTF) oder organisierten (OTF) Handelssystem, was in Deutschland v.a. den Freiverkehr erfasst.<sup>7</sup> Außerhalb von OTFs beginnt die Pflicht bereits mit Antragsstellung. Wegen der sehr unglücklichen Formulierung der „erhaltenen“ Handelszulassung war es hierbei zu Diskussionen gekommen, ob auch eine Einbeziehung in den Freiverkehr ohne oder gar gegen den Willen des Emittenten genügt. Außer in bestimmten Qualitätssegmenten mit vereinbarten Zulassungsfolgepflichten des Emittenten genügt für die Einbeziehung in den Freiverkehr nämlich auch eine Initiative eines Marktteilnehmers. Es bestand aber früh Einigkeit, dass es unangemessen wäre, Zulassungsfolgepflichten für Emittenten zu begründen, die mit der Einbeziehung gar nichts zu schaffen hatten.<sup>8</sup> Daher hat die BaFin in verschiedenen FAQ klargestellt, dass der Emittent die Zulassung zumindest „genehmigt“ haben muss.<sup>9</sup>

Dies sollte durch ein Corrigendum eigentlich klargestellt werden, das aber seinerseits redaktionell verunglückt ist, so dass ausgerechnet in lit. b) in der deutschen Fassung das Wort „erhalten“ bestehen blieb. Richtigerweise bleibt es aber dabei, dass für die Eröffnung des Anwendungsbereichs eine Genehmigung der Zulassung durch den Emittenten erforderlich ist. Neben der beschriebenen Intention spricht dafür auch ein vergleichender Blick in andere Sprachfassungen (z.B. auf Englisch „approved“). Es ist aber mehr als unbefriedigend, wenn bei der intendierten Korrektur von Fehlern wieder Fehler gemacht werden.

#### II. Persönlicher Anwendungsbereich

Anwendbar sind die Regeln über Managers' Transactions nach Art. 19 Abs. 1 MMVO auf Personen mit Führungsaufgaben und in enger Beziehung zu ihnen stehende Personen.

##### 1. Personen mit Führungsaufgaben

Personen mit Führungsaufgaben sind in Art. 3 Abs. 1 Nr. 25 MMVO definiert als – verkürzt gesagt – Mitglieder von Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorganen oder sonstige Führungskräfte, die sowohl regelmäßig Zugang zu Insiderinformationen haben und befugt sind, unternehmerische Entscheidungen zu treffen. Hierbei gibt es einige Zweifelsfälle, die die Definition nicht genau zu erfassen in der Lage ist:

Da der Emittent einer Schuldverschreibung auch eine GmbH sein kann, ist der Kreis an Personen mit Führungsaufgaben aufgrund der größeren Flexibilität des GmbH-Rechts theoretisch größer, was freilich sehr von der praktischen Ausgestaltung abhängt. Die BaFin versteht hierunter auch Beiratsmitglieder und Gesellschafter, wenn sie im Einzelfall Kompetenzen wie ein Geschäftsführer oder Aufsichtsratsmitglied wahrnehmen.<sup>10</sup> Gerade bei Gesellschaftern wird das oft

\* RA Dr. Dirk Kocher, LL. M. (Helsinki) ist Partner bei Latham Watkins LLP in Hamburg und Lehrbeauftragter an der Bucerius Law School.

<sup>1</sup> Verordnung (EU) Nr. 596/2014.

<sup>2</sup> Eine Materialsammlung der Rechtsquellen und Auslegungshilfen ist abrufbar unter [www.lw.com/marketabuseregulation](http://www.lw.com/marketabuseregulation).

<sup>3</sup> Die größten (allerdings bei Weitem nicht alle) Übersetzungsfehler wurden inzwischen durch mehrere Corrigenda berichtigt (ABl. L 287, 306 und 348 jeweils aus 2016).

<sup>4</sup> Zur Kritik und den Problemen vgl. ausführlich *Simons*, AG 2016, 651 ff.

<sup>5</sup> Ausführlichere Überblicke finden sich bei *Kumpan*, AG 2016, 446 ff.; *Hitzer/Wasmann*, DB 2016, 1483 ff. und *Stüber*, DStR 2016, 1221 ff.

<sup>6</sup> Hierzu z.B. *Stüber*, DStR 2016, 1221, 1225 ff.; *Kumpan*, AG 2016, 446, 456 ff.

<sup>7</sup> Die ebenfalls erfassten Märkte für Emissionszertifikate werden hier nicht näher behandelt.

<sup>8</sup> Aus der Literatur z.B. *Seibt/Wollenschläger*, AG 2014, 593, 595; *Stüber*, DStR 2016, 1221, 1222; *Hitzer/Wasmann*, DB 2016, 1483, 1483.

<sup>9</sup> Vgl. z.B. BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, II. 1.

<sup>10</sup> BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, II. 3. und 4.



nur schwer phänotypisch abgrenzbar sein. So genügen etwa Funktionen bei einer bloßen Garantiegeberin des Emittenten als solche nicht<sup>11</sup>, ebenso wenig Organstellungen bei verbundenen Unternehmen.<sup>12</sup> Stellvertretende Vorstandsmitglieder gelten dagegen nach § 94 AktG als Vorstandsmitglieder und fallen mithin darunter, Ersatzmitglieder des Aufsichtsrats hingegen erst im Falle des Nachrückens.<sup>13</sup> Hinsichtlich der Einbeziehung sonstiger Führungskräfte ist in Deutschland Zurückhaltung geboten, da unterhalb von Vorstand bzw. Geschäftsführung typischerweise keine eigenen unternehmerischen Entscheidungen getroffen werden. Die meisten Gesellschaften verfügen daher nicht über einen entsprechenden Personenkreis.<sup>14</sup> Auch Organmitglieder verbundener Unternehmen sollten nicht als sonstige Führungskräfte angesehen werden.<sup>15</sup> Das gilt richtigerweise sogar für Organe eines herrschenden Unternehmens mit einem Beherrschungsvertrag, welche zwar oftmals über entsprechende Möglichkeiten verfügen, diese aber typischerweise nicht regelmäßig ausüben und das auch nicht zur Aufgabe haben. Hierin liegt der Unterschied zum pHG einer KGaA und dessen Organmitgliedern, wenn es sich beim pHG wie meist um eine Kapitalgesellschaft handelt. Zwar mögen persönlich haftende Gesellschafter von der Definition der Personen mit Führungsaufgaben nicht erfasst sein<sup>16</sup> und die Organmitglieder des pHG nicht Organmitglieder des Emittenten selbst sein. Sie können jedoch als sonstige Führungskräfte erfasst werden, da sie die dafür erforderlichen Befugnisse nicht nur haben, sondern auch regelmäßig tatsächlich ausüben und dazu verpflichtet sind. Dies entspricht auch der Aufsichtspraxis der BaFin zur KGaA.

## 2. In enger Beziehung stehende Personen

In enger Beziehung stehende Personen sind in Art. 3 Abs. 1 Nr. 26 MMVO definiert (auch wenn sie dort fälschlich als „eng verbundene“ Personen bezeichnet werden). Neben bestimmten engen Familienangehörigen fallen hierunter gem. lit. d) v.a. Gesellschaften, in denen die Person mit Führungsaufgaben ihrerseits Führungsaufgaben wahrnimmt, diese kontrolliert, die zu ihren Gunsten gegründet wurde oder die wirtschaftlich weitgehend entsprechende Interessen hat. Die genauen Voraussetzungen hierfür waren schon unter dem WpHG zweifelhaft. Die BaFin hat die vorläufige Rechtsauffassung eingenommen, wonach reine Doppelmandate hierfür nicht genügen sollen. Vielmehr müsse der Person mit Führungsaufgaben die Möglichkeit eingeräumt sein, sich durch Geschäfte einen signifikanten wirtschaftlichen Vorteil zu sichern, wovon wohl erst bei einer Mindestbeteiligung von 50 % gesprochen werden könne.<sup>17</sup> Das überzeugt im Ergebnis maßgeblich aus teleologischen Gründen, da sonst kein hinreichendes Eigeninteresse besteht. Die nach wie vor bestehende Rechtsunsicherheit infolge des unklaren Verordnungstextes ist aber an dieser praktisch sehr wichtigen Stelle besonders misslich und wird noch dadurch verstärkt, dass die ESMA<sup>18</sup> eher darauf abzustellen scheint, ob die Führungskraft in der anderen Gesellschaft an der Entscheidung über das Geschäft mitwirkt oder diese beeinflusst.

Erfasste enge Familienangehörige sind neben Ehepartnern und nach nationalem Recht gleichgestellten Partnern und Verwandten, die zum Zeitpunkt der Tätigkeit des betreffenden Geschäfts seit mindestens einem Jahr im selben Haushalt

leben, auch Kinder, die nach nationalem Recht unterhaltsberechtigten sind. So jedenfalls die deutsche Sprachfassung und wohl auch die englische („dependent child“). Die schwedische Sprachfassung scheint dagegen eher auf das Sorgerecht abzustellen, was durchaus einen Unterschied machen kann. Da aber selbst die der schwedischen sprachverwandte dänische Fassung der deutschen und englischen entspricht, dürfte im Schwedischen ein Übersetzungsfehler vorliegen. Offensichtlich ist man also auch in anderen Mitgliedsstaaten von Übersetzungsungenauigkeiten betroffen.

Für den Rechtsanwender erfreulich ist in diesem Zusammenhang, dass die BaFin eine Meldepflicht für Geschäfte ablehnt, die die Person für den Emittenten selbst in dessen Finanzinstrumenten vornimmt (Bsp.: Der Vorstand führt einen Aktienrückkauf durch).<sup>19</sup> Das würde nur zu einer unnötigen Vervielfachung ohnehin vorgeschriebener Meldungen führen.<sup>20</sup>

## III. Mitteilungspflichtige Geschäfte

Der Kreis der mitteilungspflichtigen Geschäfte wurde gegenüber dem WpHG durch Art. 19 Abs. 7 MMVO und Art. 10 der delegierten Verordnung (EU) 2016/522 erheblich erweitert. Bereits eine Aufzählung würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen.<sup>21</sup> Hier soll der Hinweis genügen, dass auch viele solcher Geschäfte erfasst werden, die mit dem zu schützenden Transparenzinteresse des Marktes nichts zu tun haben, z.B. bei Fonds- und sonstigen Anlageprodukten. Prominentestes Beispiel hierfür sind allerdings entgegengenommene Erbschaften nach Art. 10 Nr. 2 lit. k) der delegierten Verordnung (EU) 2016/522.<sup>22</sup>

Zu einer Verunsicherung hat die MMVO zunächst v.a. auch bei Geschäften im Rahmen von Vergütungsprogrammen für Führungskräfte geführt, die an Finanzinstrumente anknüpfen. Hier hätte angesichts des Zusammenhangs mit Insiderfragen eine Differenzierung danach nahegelegen, ob der Betroffene einen Handlungsspielraum hat oder ob das Programm einen Automatismus vorsieht. Verbreitet wurde in der Literatur vor dem Hintergrund eines das neue System durchziehenden allgemeinen Transparenzgedankens<sup>23</sup> aber auch bei solchen

<sup>11</sup> So auch BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, II. 5.

<sup>12</sup> *Kumpan*, AG 2016, 446, 448.

<sup>13</sup> Vgl. *Kumpan*, AG 2016, 446, 448.

<sup>14</sup> Ähnlich *Hitzer/Wasmann*, DB 2016, 1483, 1483. Insbesondere genügt eine Prokura hierfür nicht, vgl. *von der Linden*, DStR 2016, 1036, 1039. AA *Stenzel*, DStR 2017, 883, 887 (erste Führungsebene unter Vorstand mit Personalverantwortung).

<sup>15</sup> So auch *Götze/Carl*, Der Konzern 2016, 529, 539 f. mit ausführlicher Darstellung der Diskussion hierüber zum alten Recht. Auch *Stenzel*, DStR 2017, 883, 887.

<sup>16</sup> Darauf weist *Kumpan*, AG 2016, 446, 449 hin.

<sup>17</sup> BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, II. 9. und 10. Grundsätzlich zustimmend *Kumpan*, AG 2016, 446, 451; *Hitzer/Wasmann*, DB 2016, 1483, 1484; *Götze/Carl*, Der Konzern 2016, 529, 540.

<sup>18</sup> ESMA 70-145-111, Frage 7.7.

<sup>19</sup> BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, II. 7.

<sup>20</sup> So auch *Kumpan*, AG 2016, 446, 450 f.

<sup>21</sup> Ausführlich hierzu *Stüber*, DStR 2016, 1221, 1223 f.; *Kumpan*, AG 2016, 446, 452 ff.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu aber auch BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, IV. 9.

<sup>23</sup> Als Informationsquelle für Investoren, vgl. Erwägungsgrund 58 der MMVO..



Transaktionen eine Meldepflicht angenommen, bei denen kein Handlungsspielraum besteht.<sup>24</sup> Ebenso wurden in der Literatur virtuelle Aktien- oder Optionsprogramme als Finanzinstrumente einbezogen, auch dies unabhängig vom Handlungsspielraum.<sup>25</sup> Die BaFin<sup>26</sup> differenziert ebenfalls nicht nach dem Entscheidungsspielraum und lässt damit physische Pläne auch dann der Meldepflicht unterfallen, wenn sie automatisiert ablaufen. Demgegenüber nimmt sie anders als die genannte Literaturauffassung virtuelle Gestaltungen von der Anwendung aus, wenn diese nicht übertragbar sind und nur in Geld abgerechnet werden. Der Anerkennung dieser Ausnahme wird man zustimmen müssen. Dogmatisch ist dabei nicht endgültig geklärt, ob diese Gestaltungen schon keine Finanzinstrumente darstellen oder insoweit schlicht keine Geschäftsvorliegen und mangels Übertragbarkeit schon gar nicht vorliegen können, weil es sich bei diesen Instrumenten also lediglich um eine Rechengröße zur Bestimmung einer Barvergütung handelt.

### C. Belehrungs- und Dokumentationspflichten

Diese sind in Art. 19 Abs. 5 MMVO geregelt: Emittenten sind verpflichtet, Personen mit Führungsaufgaben über ihre Pflichten aus Art. 19 MMVO zu Managers' Transactions schriftlich in Kenntnis zu setzen. Diese wiederum haben die mit ihnen in enger Beziehung stehenden Personen schriftlich in Kenntnis zu setzen und eine Kopie aufzubewahren. Letzteres ist für den Emittenten zwar nicht ausdrücklich vorgeschrieben aber praktisch dringend zu empfehlen. Viel spricht dafür, dass eine Information per E-Mail genügt,<sup>27</sup> gesichert ist dies aber noch nicht. Diskutiert wird in der Praxis auch, welche sorgerechtlichen Anforderungen bei der Belehrung minderjähriger Kinder zu stellen sind.

Schließlich haben Emittenten hiernach eine fortlaufende Liste sowohl der Personen mit Führungsaufgaben als auch der in enger Beziehung stehenden Personen zu führen. Hierfür sollte in der Praxis neben dem Hinweis an alle Betroffenen, dass sie Änderungen mitzuteilen haben, am besten auch eine jährliche Routineabfrage bei Organmitgliedern erfolgen, z.B. in Zusammenhang mit dem Jahresabschluss, für den ohnehin bestimmte Angaben abzufragen sind. Für die Liste ist kein bestimmtes Format vorgeschrieben. Die BaFin begnügt sich mit der Angabe des Namens, solange dieser zur Identifikation genügt. Sonst ist diese z.B. durch Angabe des Geburtsdatums sicherzustellen<sup>28</sup>, wozu in Zweifelsfällen aus praktischer Sicht zu raten ist.

### D. Mitteilungspflichten

Personen mit Führungsaufgaben und in enger Beziehung zu ihnen stehende Personen haben Geschäfte dem Emittenten zu melden, wenn sie den Schwellenwert von EUR 5.000 p.a. erreichen.<sup>29</sup> Geschäfte darunter bleiben unberücksichtigt.<sup>30</sup> Nach nicht unumstrittener Ansicht der BaFin<sup>31</sup> und der ESMA<sup>32</sup> werden Geschäfte in enger Beziehung stehender Personen nicht zusammengerechnet. Käufe und Verkäufe dürfen nicht gegeneinander genettet werden.<sup>33</sup>

Die Mitteilung ist unverzüglich vorzunehmen, nach Art. 19 Abs. 1 und 2 MMVO spätestens innerhalb von drei Geschäfts- bzw. Arbeitstagen. Die verschiedenen Begriffe werden dabei

synonym verstanden. Es hätte sich angeboten, einheitlich von Geschäftstagen zu sprechen. Im Regelfall läuft die Frist ab dem Datum des Abschlusses des schuldrechtlichen Geschäfts<sup>34</sup>, bei interessewahrenden Ordnern ab dem Datum der Order.<sup>35</sup> Wichtig ist allerdings, dass nach Art. 10 Nr. 2 lit. i) der delegierten Verordnung (EU) 2016/522 an Bedingungen geknüpfte Geschäfte erst bei Bedingungseintritt und tatsächlicher Ausführung erfasst sind.<sup>36</sup>

Der Begriff des Geschäftstags wird vom Verordnungsgeber nicht definiert. Die BaFin versteht darunter alle Tage, die nicht Samstag, Sonntag oder gesetzlicher Feiertag am Sitz des Emittenten, in Hessen oder Nordrhein-Westfalen (Dienstsitze der BaFin) sind.<sup>37</sup> Eine Rechtsgrundlage für diese Definition ist nicht ersichtlich.<sup>38</sup> Die Praxis muss sich jedenfalls daran halten – schon in Ermangelung einer anderslautenden Bestimmung.

Für die Mitteilung ist zwingend das Formular im Anhang zur Durchführungsverordnung (EU) 2016/523 zu verwenden. Darin sind komplizierte wertpapiertechnische Angaben zu machen<sup>39</sup>, so dass Laien hierfür typischerweise Unterstützung benötigen werden. Selbst bei einfachen Börsengeschäften wird die begleitende Bank eine Reihe von Angaben zuliefern müssen. Entsprechende notwendige Informationen sollten daher bereits vor Abschluss des Geschäfts eingeholt werden.

Für die Frage nach dem notwendigen Adressaten dieser Mitteilungen, ist namentlich Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 zu beachten, wonach Führungskräfte getätigte Eigengeschäfte sowohl dem Emittenten, als auch der zuständigen Behörde zu melden verpflichtet sind. Die BaFin sieht diese Vorgabe in dem Fall, in welchem sie die zuständige Behörde nach Art. 19 Abs. 2 Uabs. 2 MMVO ist, indessen schon als erfüllt an, sofern der Meldepflichtige einen Dritten mit der Übermittlung der Meldung beauftragt.<sup>40</sup> Erwähnenswert erscheint hier, dass die BaFin in diesem Zusammenhang beispielhaft sowohl die Übermittlung mithilfe des Emittenten, als auch mithilfe eines Rechtsanwalts anführt.<sup>41</sup>

<sup>24</sup> Ausführlich Stenzel, DStR, 2017, 883, 887; Hitzer/Wasmann, DB 2016, 1483, 1484 f. unter Verweis auf die Wertung in ESMA 70-145-111, Frage 7.5.

<sup>25</sup> Stenzel, DStR, 2017, 883, 887 unter Verweis auf ESMA 2015/224 S. 50 (Tz. 136).

<sup>26</sup> BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, II. 12.

<sup>27</sup> In diese Richtung auch Hitzer/Wasmann, DB 2016, 1483, 1486; Stüber, DStR 2016, 1221, 1224.

<sup>28</sup> BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, V. 1.

<sup>29</sup> Art. 19 Abs. 8 MMVO.

<sup>30</sup> BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, III. 2.

<sup>31</sup> BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, III. 1.

<sup>32</sup> ESMA 70-145-111, Frage 7.3.

<sup>33</sup> Hitzer/Wasmann, DB 2016, 1483; 1487; Stüber, DStR 2016, 1221, 1222.

<sup>34</sup> BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, II. 13. Abweichend (dinglicher Vollzug) wohl Stenzel, DStR 2017, 883, 887.

<sup>35</sup> BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, IV. 3.

<sup>36</sup> Die BaFin stellt in den FAQ zu Art. 19 MMVO, IV. 2. verkürzend gleich auf den dinglichen Vollzug ab. Näher hierzu auch noch unten VI.

<sup>37</sup> BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, IV. 4.

<sup>38</sup> Kritisch auch Simons, AG 2016, 651, 653 f.

<sup>39</sup> Einzelheiten bei Stüber, DStR 2016, 1221, 1225.

<sup>40</sup> BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, IV. 5.

<sup>41</sup> BaFin FAQ zu Art. 19 MMVO, IV. 5.

## E. Veröffentlichungspflicht des Emittenten

Der Emittent hat die Mitteilung nach Art. 19 Abs. 3 MMVO unverzüglich zu veröffentlichen, spätestens jedoch abermals nach drei Geschäftstagen. Die Frist rechnet sich aber nicht ab dem Zugang der Mitteilung, wie dies z.B. nach § 26 Abs. 1 WpHG der Fall ist, sondern ab dem Geschäft, so dass die Frist parallel zu der für den Mitteilungspflichtigen läuft. Diese offenkundige Fehlleistung des Ordnungsgebers wird bislang auch nicht im Wege der Auslegung korrigiert, obwohl der Emittent für die Veröffentlichung dann nur noch eine logische Sekunde hat, wenn der Meldepflichtige seine Frist voll ausnutzt. Damit bleibt der Praxis nur, Mitteilungspflichtige um eine möglichst zeitnahe Mitteilung zu bitten, damit genügend Zeit für die Veröffentlichung besteht.<sup>42</sup> Teilweise wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, auch emittentenintern schon möglichst alle beteiligten Mitarbeiter im Rahmen des gegebenen arbeitsrechtlichen Rahmens zu einer frühestmöglichen Mitteilung meldungspflichtiger Inhalte zu verpflichten.<sup>43</sup> Mangels Arbeitsverhältnis mit den meisten Meldepflichtigen dürfte das schwierig sein. Man wird eher auf Einsicht setzen müssen.

Ansonsten ist eine Ergebniskorrektur zumindest auf der Rechtsfolgende Seite möglich und nötig, indem man bei einer späten Mitteilung wohl zumindest ein Verschulden des Emittenten verneint, das für die Verhängung eines Bußgeldes Voraussetzung ist.<sup>44</sup>

## F. Besondere Problematiken im Zusammenhang mit Übernahmeangeboten

Bei Übernahmeangeboten können Mitteilungspflichten zu Managers' Transactions in beide Richtungen auftreten: Eine Person mit Führungsaufgaben oder in enger Beziehung zu ihr stehende Person kann Aktien in das Angebot einliefern (oft nach vorherigem Abschluss einer Andienungsvereinbarung mit dem Bieter)<sup>45</sup>. Umgekehrt kann eine solche Person auch Bieter eines Angebots sein, meist wenn Organmitglieder die Bietergesellschaft mehrheitlich halten.<sup>46</sup>

In der ersten Konstellation kommen verschiedene Zeitpunkte für die Annahme eines meldepflichtigen Geschäfts in Frage: Der Abschluss einer Andienungsvereinbarung, die Einlieferung der Aktien in das (meist noch bedingte) Angebot, der Zeitpunkt, in dem das Angebot unbedingt wird sowie die Abwicklung des Angebots. Die Verwaltungspraxis der BaFin geht dahin, noch keine Meldung der Andienungsvereinbarung zu verlangen, da dem Bedingungen i.S.v. Art. 10 Nr. 2 lit. i) der delegierten Verordnung 2016/522 entgegenstehen. Vielmehr soll die Mitteilung erfolgen, wenn die Meldepflichtigen das Angebot angenommen haben, was in der Praxis neben der Annahmeerklärung die Umbuchung der Aktien in eine separate ISIN erfordert. Das gilt aber auch dann, wenn das Angebot wie üblich noch unter aufschiebenden Bedingungen steht. Das ist mit der erwähnten lit. i) nur schwer in Einklang zu bringen. Treten die Bedingungen später ein und wird das Angebot abgewickelt, löst das keine erneute Meldepflicht aus. Fallen die Bedingungen hingegen aus, so dass das Angebot nicht abgewickelt wird, sieht man in der Praxis weitere Mitteilungen, die das Entfallen des Geschäfts offenlegen, was aus Transparenzgesichtspunkten zu begrüßen ist.

Praktisch schwieriger wird es, wenn mitteilungspflichtig nicht der annehmende Aktionär ist, sondern der Bieter. Denn beim Bieter fallen deutlich mehr relevante Geschäftsvorfälle an. Während der Annahmefrist (und der weiteren Annahmefrist) werden täglich Aktien angedient, was zum Zustandekommen von Kaufverträgen führt. Für den daraus resultierenden Annahmestand enthält § 23 WpÜG mit den sog. Wasserstandsmeldungen des Bieters ein eigenes Transparenzregime.<sup>47</sup> Dieses verdrängt nach der Verwaltungspraxis sonst erforderliche Stimmrechtsmitteilungspflichten nach § 25 Abs. 1 WpHG, obwohl der durch die Annahme zustande gekommene aufschiebend bedingte Kaufvertrag tatbestandlich eigentlich ein bei Schwellenrelevanz meldepflichtiges Finanzinstrument wäre. Diese Praxis wird von der BaFin weitergeführt, obwohl die früher in § 25a WpHG a.F. enthaltenen ausdrücklichen Vorrangregelungen für § 23 WpÜG nicht in § 25 n.F. WpHG übernommen wurden.<sup>48</sup> Hierfür sprechen die weitgehend parallelen Regelungszwecke. Für die Praxis stellt diese Handhabung durch die BaFin eigentlich eine nützliche Vereinfachung dar, führt aber zu anderen Problemen, da die Position der BaFin aus europarechtlichen Gründen in der Literatur zT abgelehnt wird, was Bieter in ein Dilemma bringt.<sup>49</sup> Richtigerweise fehlt es bei einem Unterlassen der Mitteilung, die sich auf die sicher nicht unvertretbare Auffassung der BaFin stützt, an dem für einen Rechtsverlust nach § 28 WpHG erforderlichen Verschulden, weil sonst sogar Aufsichtsmaßnahmen drohen.<sup>50</sup>

Noch problematischer ist aber die Lage für Managers' Transactions-Mitteilungen: Tatbestandlich dürfte jede Annahme für den meldepflichtigen Bieter ein Eigengeschäft darstellen.<sup>51</sup> Wäre davon jedes Einzelne zu melden, da die Aggregation eines Handelstages nicht mehr zugelassen wird, würde dies einen geradezu prohibitiven administrativen Aufwand bedeuten.<sup>52</sup> Sinnvoll wäre es daher, einen Vorrang der Wasserstandsmeldungen nach dem WpÜG anzunehmen, was zusammen mit den Pflichtangaben in der Angebotsunterlage alle berechtigten Informationsbedürfnisse befriedigen müsste. Es bleibt abzuwarten, ob eine praktisch dringend gebotene Einschränkung schon *de lege lata* erreicht werden kann oder ob hierfür eine Änderung der MMVO erforderlich wäre, was dann kaum realistisch erschiene.<sup>53</sup>

<sup>42</sup> So auch Stüber, DStR 2016, 1221, 1224; Hitzer/Wasmann, DB 2016, 1483, 1486.

<sup>43</sup> Maume/Kellner, ZGR 2017, 273, 288.

<sup>44</sup> Gleichsinnig Simons, AG 2016, 651, 657.

<sup>45</sup> Sog. Irrevocable Undertaking, dazu allgemein Kiesewetter, in Paschos/Fleischer, Handbuch Übernahmerecht, 2017, § 8 Rn. 162 ff.

<sup>46</sup> Überblick über solche Angebote in der Vergangenheit bei Kraack, AG 2016, 57 ff.

<sup>47</sup> Hierzu z.B. Technau/Berrar, in Paschos/Fleischer, Handbuch Übernahmerecht, 2017, § 13 Rn. 95 ff.

<sup>48</sup> Technau/Berrar, in Paschos/Fleischer, Handbuch Übernahmerecht, 2017, § 13 Rn. 101.

<sup>49</sup> Die Auffassung der BaFin ablehnend Kraack, AG 2017, 677, 684 ff.

<sup>50</sup> Zweifeln Kraack, AG 2017, 677, 687, der daher zu Meldungen rät.

<sup>51</sup> Kraack, AG 2016, 57, 66.

<sup>52</sup> Darauf weist zurecht auch Kraack, AG 2016, 57, 67 hin.

<sup>53</sup> Hierzu ausführlich Kraack, AG 2016, 57, 67 ff.

## G. Zusammenfassende Würdigung

Insgesamt muss man dem europäischen Ordnungsgeber hinsichtlich der Regelung der Managers' Transactions (wie übrigens auch in anderen Bereichen der MMVO) leider ein schlechtes Zeugnis ausstellen<sup>54</sup>:

Die Regelungstechnik ist systematisch unübersichtlich und erschwert zusammen mit der Verteilung der Vorgaben auf Umsetzungsrechtsakte und FAQ die Rechtsanwendung. Hinzu kommen Unterschiede zwischen den einzelnen Sprachfassungen und unregelte Teilbereiche sowie offene Widersprüche und Defizite. Erinnert sei hier nur an die Veröffentlichungsfrist, die zeitgleich mit der Mitteilungsfrist abläuft.<sup>55</sup>

Im Ergebnis werden Meldepflichtige und Emittenten daher mit einem gestiegenen bürokratischen Aufwand belastet, ohne das Ziel der vorgeblichen Vereinheitlichung durch eine Verordnung statt einer Richtlinie zu erreichen: Die beschriebenen Defizite und Lücken werden von der Verwaltungspraxis der nationalen Aufsichtsbehörden gefüllt. Wenn man sich vor Augen hält, wie oft in diesem Beitrag auf

die FAQ der BaFin Bezug genommen wird, ist ersichtlich, dass die MMVO den „Local Counsel Test“ nicht besteht: Kein deutscher Rechtsberater wird einem Mandanten bei einem Sachverhalt unter der MMVO in einem anderen Mitgliedsstaat verlässlichen Rechtsrat erteilen können, ohne einen lokalen Experten einzuschalten. Die Gefahr ist zu groß, dass die dortige Verwaltungspraxis von derjenigen der BaFin abweicht. Entgegen der Zielsetzung der MMVO werden somit keine Transaktionskosten eingespart, sondern aufgrund der gestiegenen Komplexität sogar noch erhöht.

Zugleich entsteht eine Scheintransparenz, die in Wahrheit einen *information overload* darstellt. Marktteilnehmer erhalten heute in allen Bereichen oft mehr Information, als sie verarbeiten können. Vor diesem Hintergrund wäre es nicht erforderlich gewesen, etwa eine Erbschaft des Vorstands auch noch als Managers' Transaction meldepflichtig zu stellen, auch wenn dadurch keine Stimmrechtsmitteilungsschwelle nach dem WpHG erreicht wird.

---

<sup>54</sup> Kritisch auch *Simons*, AG 2016, 651, 657.

<sup>55</sup> S.o. V.



Stephan Sura\*

## Man lebt nur zweimal?

Die (kodifizierte) Tarifeinheit zwischen althergebrachter betrieblicher Ordnungsfunktion und zeitgenössischer Praxisferne

### A. Einführung

Die Tarifeinheit bei Tarifpluralität anhand des Prinzips „Ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ ist seit Mitte 2015 in § 4a TVG gesetzlich verankert, nachdem das BAG seinen dahin gehenden Rechtsprechungsgrundsatz im Jahre 2010 aufgab. Ihre Wiedereinführung auf Gesetzesebene war dabei vor allem auch politisch bedingt: Wegen der Erstarkung kleinerer Berufsgruppengewerkschaften mit Mitgliedern in betrieblichen Schlüsselpositionen und daraus resultierenden, teilweise ausartenden Arbeitskämpfen mit Einzelarbeitgebern wurde ihre Rückkehr sowohl von Arbeitgeber- als auch von Industriegewerkschaftsseite unmittelbar forciert – und infolgedessen im Herbst 2013 logischer Konsens bei der Regierungsbildung zwischen CDU/CSU und SPD zur gerade zu Ende gegangenen Legislaturperiode. Nicht nur die jahrzehntelange Judikatur des BAG unterlag indes fast ebenso langer, insbesondere massiver verfassungsrechtlicher Kritik, vielmehr übertrug sich diese in der Folge auch auf den entstandenen Gesetzesentwurf, der die Belange von Minderheitsgewerkschaften zwar explizit berücksichtigen wollte, dies abgesehen von marginalen Beteiligungsrechten jedoch versäumte.

Mit Urteil vom 11.7.2017 hat das BVerfG das sog. „Tarifeinheitsgesetz“ gleichwohl als „weitgehend mit dem Grundgesetz vereinbar“ eingestuft.<sup>1</sup> Nicht nur aufgrund zweier gegenteiliger Sondervoten ist den Karlsruher Richtern ihr verfassungsrechtliches wie arbeitspolitisches Unbehagen allerdings deutlich anzumerken, wenn sie das Gesetz nur unter erheblichem Auslegungs- und Nachbesserungsbedarf billigen. Als existierten für dessen Anwendung nicht bereits genug offene Fragen, ergeben sich aus der Entscheidung dementsprechend mehr neue Probleme als Antworten – es verwundert insgesamt kaum, dass das Tarifeinheitsgesetz bis heute kein einziges Mal angewendet wurde. Die kodifizierte Tarifeinheit im Betrieb: Weitgehend verfassungsgemäß, aber auch weitgehend der Wirklichkeit entrückt?

### B. Rückblick: Der Grundsatz der Tarifeinheit

#### I. Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität

Der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb regelt seit über 60 Jahren die Fälle, in denen auf die Arbeitsverhältnisse in einem Betrieb mehrere Tarifverträge Anwendung finden können. Hierbei sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: Sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichzeitig an mehrere Tarifverträge mit sich überschneidenden Regelungsbereichen gebunden, liegt Tarifkonkurrenz vor.<sup>2</sup> In einem solchen Fall sind mindestens zwei Tarifnormkomplexe auf ein und dasselbe Arbeitsverhältnis anwendbar, z.B. durch das Nebenbeinhalten eines Verbands- und eines Haustarifvertrags, in der Nachbindungsphase gem. § 3 Abs. 3 TVG oder dann, wenn neben einem bestehenden Haus- oder Verbandstarifvertrag

ein weiterer Tarifvertrag nach § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinverbindlich erklärt wird.

Sofern ein Betrieb von mehreren Tarifverträgen erfasst wird, die mit unterschiedlichen Gewerkschaften geschlossen wurden, besteht im Gegensatz dazu Tarifpluralität.<sup>3</sup> Dabei ist entscheidend, dass im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien zueinander jeweils nur ein Tarifvertrag gilt. Mögliche Ursachen hierfür sind ebenfalls der Abschluss eines Haustarifvertrags, während der Arbeitgeber kraft Mitgliedschaft bereits an einen Verbandstarifvertrag gebunden ist, die Allgemeinverbindlicherklärung eines weiteren Tarifvertrags oder ein Verbandswechsel, allerdings stets im Zusammenspiel mit unterschiedlichen Gewerkschaften. Weder Tarifkonkurrenz noch Tarifpluralität liegt vor, wenn der Tarifabschluss darauf abzielt, den bereits bestehenden Tarifvertrag zu ergänzen, zu ändern, aufzuheben oder abzulösen.<sup>4</sup>

#### II. Auflösung

Das TVG enthielt ursprünglich keine Regelung für die beiden Konstellationen. Zur Auflösung einer Tarifkonkurrenz oder Tarifpluralität entwickelte das BAG daher den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb, der bei Tarifkonkurrenzen auch weiterhin unverändert angewendet wird. Nach dem in diesen Fällen geltenden Spezialitätsprinzip setzt sich beim Aufeinandertreffen verschiedener Tarifverträge derjenige Tarifvertrag durch, der dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und somit dessen Erfordernissen und Eigenheiten am ehesten gerecht wird.<sup>5</sup> Danach geht insbesondere ein Haus- einem Verbandstarifvertrag vor.<sup>6</sup> Ebenso gilt bei einem Verbandswechsel des Arbeitgebers der von seinem aktuellen Verband geschlossene Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 TVG anstelle des vorherigen Tarifvertrags, der nur noch kraft Nachbindung wirksam ist.<sup>7</sup> Im Fall gleicher Sachnähe bestimmt(e) hilfsweise der Organisationsgrad bzw.

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften mit Schwerpunkt Arbeits- und Sozialrecht sowie Examenskandidat an der Universität zu Köln. Daneben ist er wissenschaftlicher Mitarbeiter im Fachbereich Arbeitsrecht bei der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft am Standort Köln.

<sup>1</sup> BVerfG, NZA 2017, 915, 916 ff.

<sup>2</sup> Soweit ersichtlich erstmals bewertet in BAG, NJW 1957, 845; dazu insgesamt statt vieler *Braun*, in: Thüsing/Braun (Hrsg.), *Tarifrecht*, 2. Aufl. 2016, 6. Kap. Rn. 119 f.

<sup>3</sup> Erstmals wohl BAG, NJW 1957, 1006; instruktiv *Greiner*, in: Henssler/Moll/Beppler (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 101 f.

<sup>4</sup> Vgl. nur jüngst BAG, NZA 2015, 950, 952.

<sup>5</sup> Für die Tarifkonkurrenz anschaulich BAG, NZA 2005, 1003, 1004; für die Tarifpluralität sowie das langjährige Festhalten am Grundsatz der Tarifeinheit auch dort siehe BAG, NZA 1991, 202, 203; AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 28.

<sup>6</sup> Siehe etwa BAG, NZA 2001, 1085, 1086 f.

<sup>7</sup> Dazu BAG, AP TVG § 3 Nr. 3.

die Repräsentativität den Vorrang.<sup>8</sup> Begründet wurde der Grundsatz der Tarifeinheit vor allem mit dem Erfordernis, eine tarifliche Ordnung im Betrieb zu gewährleisten und damit Widersprüchlichkeiten bei der Festlegung der Arbeitsbedingungen vorzubeugen.<sup>9</sup> Nach dem Prinzip „Ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ wurde weitgehend aus Gründen der Praktikabilität, der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit immer nur einem Tarifvertrag Geltung zugesprochen; alle sachferneren Tarifverträge wurden verdrängt, nahezu immer solche kleinerer Gewerkschaften. Für die Tarifkonkurrenz schließt sich auch das überwiegende Schrifttum dieser Rechtsprechung bis heute an.<sup>10</sup>

### III. Kritik für die Anwendung bei Tarifpluralität

In Fällen der Tarifpluralität lehnte dagegen nahezu die gesamte Literatur die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit von jeher ab. Allem voran wurde dafür der Verstoß gegen die in Art. 9 Abs. 3 GG verankerte individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit der betroffenen Gewerkschaft bzw. ihrer Mitglieder angeführt, deren Tarifverträge verdrängt werden.<sup>11</sup> Da diese Verdrängung nicht gleichzeitig eine anderweitige, rechtsbegründende Wirkung habe, fielen sie zudem auf den Status von Nicht-Organisierten zurück.<sup>12</sup> Auch die vom BAG angenommene Regelungslücke im TVG existiere nicht, vielmehr stehe die Auflösung der Tarifpluralität in einem offenen Widerspruch zu den §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG, welche die Koalitionsmitgliedschaft zur Grundlage und Legitimation der Tarifnormgeltung machen. Die betriebseinheitliche Geltung von Tarifnormen sei im System des TVG explizit nur für Betriebsnormen (§ 3 Abs. 2 TVG) vorgesehen.

## C. Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit

### I. Die Beschlüsse des BAG vom 27.1.2010 und 23.6.2010

Seitdem das BAG die Tarifeinheit bei Tarifpluralität nach und nach relativierte,<sup>13</sup> indem es etwa auch bei Betriebsübergängen<sup>14</sup> oder im Geltungsbereich des AEntG<sup>15</sup> anfang, von seinem Grundsatz in immer neuen Facetten Abstand zu nehmen, und so gerade die pauschalen Argumente der Rechtssicherheit und Administrationseffizienz widersinnig machte, wurde indes auch ein Rechtsprechungswechsel immer wahrscheinlicher. Schlussendlich leitete der für das Tarifrecht zuständige 4. BAG-Senat im Jahre 2010 die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität ein, der sich der 10. Senat anschloss.<sup>16</sup> Tragende Begründung war nunmehr, dass die Rechtsnormen eines Tarifvertrags in den jeweiligen Arbeitsverhältnissen eines Betriebs als kollektiv ausgeübte Privatautonomie eine Geltendmachung von Grundrechten darstellen. Diese Grundrechtsausübung würde weitgehend entwertet, wenn ein von Grundrechtsträgern ausgehandelter Tarifvertrag nicht zur Anwendung kommen könne.<sup>17</sup> Nur zum Schutz gleichwertiger verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter oder aus Gemeinwohlerwägungen könne darin ohne Gesetzesvorbehalt eingegriffen werden. Hieran fehle es beim Grundsatz der Tarifeinheit allerdings, da rein tatsächlich nicht erkennbar sei, dass eine generelle Tarifeinheit zur Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erforderlich wäre. Insgesamt bilde die Verdrängung eines Tarifvertrags einen nicht gerechtfertigten Eingriff sowohl in die kollektive als auch in die individuelle Koalitionsfreiheit

und sei daher unvereinbar mit Art. 9 Abs. 3 GG; ferner ergebe sich im Umkehrschluss aus § 3 Abs. 2 TVG gar, dass die Tarifpluralität unmittelbar im TVG angelegt sei.<sup>18</sup>

## II. Konsequenzen

Die Erfurter Richter erkannten die langwierige Kritik damit schließlich gar vollends an und übernahmen die entsprechenden Argumente für ihre Rechtsprechungsänderung, Tarifpluralitäten keiner Auflösung mehr zuzuführen. Dogmatisch zutreffend, blieben allein die Folgen des Paradigmenwechsels für die Praxis besorgniserregend, gerade, da Spartengewerkschaften mit Beschäftigten in beruflichen Schlüsselpositionen bereits seit geraumer Zeit damit begannen, Ambitionen für eine bedeutendere Eigenrolle im Tarifgeschehen zu entwickeln.<sup>19</sup>

Die Annahme, kollidierende Rechtsgüter des Arbeitgebers von gleichem Rang oder Gemeinwohlbelange seien rein tatsächlich nicht gefährdet, schränkte das BAG in seinen Entscheidungserwägungen im Jahre 2010 wohlweislich als „derzeit“ ein.<sup>20</sup> Was damals noch als rein potenziell eingestuft wurde, manifestierte sich in den Jahren danach in quantitativ nie dagewesenen tariflichen Auseinandersetzungen zwischen Berufsgruppengewerkschaften und einzelnen Unternehmen, die nicht nur zu enormen wirtschaftlichen Schäden beim jeweiligen Arbeitskampfgegner führten, sondern vielerorts auch zu einer Entzweiung der Solidargemeinschaft in der Belegschaft und zu erheblichen Beeinträchtigungen für

<sup>8</sup> Für die Tarifkonkurrenz eher theoretischer Natur, siehe daher auch nur im *obiter dictum* BAG, AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 16; mit Einführung von § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG ferner ausschließlich für die Tarifpluralität geregelt und somit für die Tarifkonkurrenz damit wohl auch offiziell obsolet, vgl. Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4a TVG Rn. 347.

<sup>9</sup> Siehe nur BAG, NZA 1991, 202, 204.

<sup>10</sup> Vgl. bspw. Wendeling-Schröder, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG, 5. Aufl. 2014, § 4 TVG Rn. 208; Wank, in: Wiedemann (Hrsg.), TVG, 7. Aufl. 2007, § 4 TVG Rn. 298; Franzen, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 4a TVG Rn. 31.

<sup>11</sup> Siehe z.B. Braun, in: Thüsing/Braun (Fn. 2), 6. Kap. Rn. 134; Wendeling-Schröder, in: Kempen/Zachert (Fn. 10), § 4 TVG Rn. 213; Dieterich, in: ErfK (Fn. 10), Art. 9 GG Rn. 85; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 451 ff.; a.A. nur etwa Kania, DB 1996, 1921, 1922; Sacker/Oetker, ZfA 1993, 1, 8 f.

<sup>12</sup> Löwisch/Rieble (Fn. 8), § 4a TVG Rn. 19; Wank, in: Wiedemann (Fn. 10), § 4 TVG, Rn. 287.

<sup>13</sup> Siehe z.B. schon für die alleinige Bindung des Arbeitgebers an den spezielleren Tarifvertrag BAG, NZA 1994, 667, 669.

<sup>14</sup> BAG, NZA 1997, 1066, 1070; NZA 2001, 1318, 1323.

<sup>15</sup> BAG, NZA 2007, 1111, 1116.

<sup>16</sup> BAG, NZA 2010, 645; nachfolgend NZA 2010, 778 und finale Rechtsprechungsänderung in NZA 2010, 1068.

<sup>17</sup> BAG, NZA 2010, 645, 650.

<sup>18</sup> BAG, NZA 2010, 645, 651.

<sup>19</sup> Erinnert sei etwa an den vom Marburger Bund organisierten umfangreichen Ärztestreik in den Jahren 2005 und 2006, der letztlich zu einem arzt-spezifischen Tarifvertrag und zur Loslösung von den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes sowie des durch ver.di vertretenen nicht-ärztlichen Krankenhauspersonals führte, vgl. resümierend „Einigung im Ärztestreik – Krankenhäuser bitten Bund um Hilfe“, FAZ v. 18.8.2006, 1.

<sup>20</sup> BAG, NZA 2010, 645, 656 f.

die Allgemeinheit.<sup>21</sup> Das BAG war sich diesen Schwierigkeiten im Betriebsverfassungs- und Arbeitskampfrecht zwar ausdrücklich bewusst, verwies sie aber zur Lösung in die Rechtsbereiche selbst.<sup>22</sup> Nicht zuletzt gingen mit dem (vorzeitigen) Ende der Tarifeinheit auch neue individualarbeitsrechtliche Probleme einher, z.B. zur Zulässigkeit des Fragerechts nach der Gewerkschaftszugehörigkeit,<sup>23</sup> ganz zu schweigen von den Konsequenzen für das Streikrecht und die Friedenspflicht einzelner Tarifverträge.<sup>24</sup>

### III. Resonanz

Als erste und wohl auch erstaunlichste Reaktion auf die geänderte Rechtslage bildete sich ein Zusammenschluss aus den Spitzenverbänden von Arbeitgebern und Gewerkschaften, die einhellig für die gesetzliche Wiedereinführung der Tarifeinheit plädierten.<sup>25</sup> Abgesehen vom offensichtlichen Interesse der Arbeitgeber an der Vermeidung von nie mehr endenden Arbeitskämpfen mit einer Vielzahl von Spezialgewerkschaften lag die Allianz gleichwohl auch von Seiten der Industriegewerkschaften nahe, mussten diese doch (neben dem ohnehin schon fortschreitenden Mitgliederschwund im Allgemeinen<sup>26</sup>) nunmehr einen deutlichen Bedeutungsverlust ihrer Tarifverträge fürchten. Kernforderung des Bündnisses war die schlichte Wiederherstellung des vorherigen Rechtszustands durch eine gesetzliche Regelung, nach der bei Tarifpluralität nur der Tarifvertrag Anwendung findet, an den die Mehrzahl der Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb gebunden ist.

Alternativ dazu (und von einem naturgemäß objektiveren Standpunkt) wurde die sog. „Professoreninitiative“<sup>27</sup> zur gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit ins Leben gerufen, die an das Arbeitskampfrecht anknüpfte und zwar auch ein Mehrheitsprinzip vorsah, dieses aber nur im Überschneidungsbereich der konkurrierenden Tarifwerke Anwendung finden lassen wollte. Einer Minderheitsgewerkschaft sollte danach keine Arbeitskampfmaßnahme erlaubt sein, wenn der angestrebte Tarifvertrag vollkommen verdrängt würde. Begleitet wurde der Entwurf von einem Gesetzesvorschlag zur Regelung von Streiks in der Daseinsvorsorge,<sup>28</sup> wie sie in vielen anderen europäischen Ländern bereits existiert. Trotz der besseren verfassungsrechtlichen Aussichten und praktischen Handhabbarkeit fand jedoch keines davon Anklang.

## D. Die gesetzliche Rückkehr der Tarifeinheit

### I. Das „Tarifeinheitsgesetz“

Entgegen aller schon gegen den Rechtsprechungsgrundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität erhobenen Argumente avancierte ihre gesetzliche Wiederverankerung anhand eines betriebsbezogenen Mehrheitsprinzips zu einer Herzensangelegenheit der Großen Koalition aus CDU/CSU und SPD in der gerade ausgelaufenen 18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages, schließlich stellte sie auch das einvernehmliche Kernanliegen der jeweiligen Hauptinteressensgruppen hinter den Parteien dar.<sup>29</sup> Kurz und klar erfolgte daher schon im Koalitionsvertrag der Parteien die Ankündigung, die „Tarifeinheit gesetzlich zu regeln, um den Koalitions- und Tarifpluralismus in geordnete Bahnen zu lenken“.<sup>30</sup> Wie von BDA und DGB angestrebt, sollte der Grundsatz der

Tarifeinheit im Betrieb „nach dem betriebsbezogenen Mehrheitsprinzip unter Einbindung der Spitzenorganisationen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern festgeschrieben“ und „durch flankierende Verfahrensregelungen den verfassungsrechtlich gebotenen Belangen von Minderheitskoalitionen Rechnung getragen werden“ – lediglich ohne irgendeine Konkretisierung, wie gerade die Einschränkung der Tarifautonomie kleinerer Gewerkschaften verfassungskonform ausgeglichen werden könnte.

Nichtsdestotrotz trat das „Tarifeinheitsgesetz“ exakt gemäß dem Vorhaben am 10.7.2015 in Kraft.<sup>31</sup> Prägender Teil des Gesetzes ist die Einführung von § 4a TVG, dessen Zweck nach § 4a Abs. 1 TVG die Vermeidung von Tarifkollisionen im Betrieb zur Sicherung der Schutz-, Verteilungs-, Befriedungs- und Ordnungsfunktion von Rechtsnormen des Tarifvertrags ist. Pathetisch formuliertes Ziel nach der Gesetzesbegründung ist dabei, die „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu sichern“.<sup>32</sup> Inhaltlich ordnet § 4a Abs. 2 TVG ein Repräsentativitätsprinzip an: Nach § 4a Abs. 2 Satz 1 TVG kann ein Arbeitgeber zwar grundsätzlich an mehrere Tarifverträge mit unterschiedlichen Gewerkschaften gebunden sein; soweit sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge überschneiden, sind im Betrieb sodann aber nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft anwendbar, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat, § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG. Kollidieren die Tarifverträge erst zu einem späteren Zeitpunkt, ist dieser für die Mehrheitsfeststellung maßgeblich.

Der Gesetzgeber knüpft damit tatsächlich allein am Geltungsbereich und nicht, wie beim Tarifvorrang des § 77

<sup>21</sup> Exemplarisch dienen die beiden parallelen Tarifkonflikte bei der Deutschen Lufthansa AG im Jahre 2015, bei denen die durch die Vereinigung Cockpit (VC) organisierten Piloten der Fluglinie insgesamt 13 Arbeitskämpfe abhielten, während das durch die Unabhängige Flugbegleiter Organisation (UFO) vertretene Kabinenpersonal wiederum etwa bis zu siebentägige Streiks ausrichtete, siehe „Der Preis der Härte“, SZ v. 10.11.2015, 17, bzw. „Kaputtstreiken“, SZ v. 14.11.2015, 4.

<sup>22</sup> BAG, NZA 2010, 645, 655.

<sup>23</sup> Bspw. und dabei fast schon symbolisch genau während des Gesetzgebungsverfahrens zum Tarifeinheitsgesetz abgelehnt durch BAG, NZA 2015, 306, 309.

<sup>24</sup> Erste Bewertungen damals bei *Willemsen/Mehrens*, NZA 2010, 1313, 1314 ff.; speziell zum Arbeitskampfrecht *Henssler*, RdA 2010, 65, 68 ff.

<sup>25</sup> BDA/DGB, Gemeinsames Eckpunktepapier: Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern – Tarifeinheit gesetzlich regeln v. 4.6.2010, veröffentlicht auch in RdA 2010, 315.

<sup>26</sup> Vgl. dazu die aktuelle Analyse des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln, Gewerkschaftliche Mitgliederstrukturen im europäischen Vergleich, IW-Trends 3.2017, S. 25 ff., nach der auf Datenbasis des European Social Surveys im Jahr 2014 nur noch ca. 15,6 % der deutschen Beschäftigten gewerkschaftlich organisiert waren.

<sup>27</sup> *Bayreuther/ Franzen/ Greiner/ Krause/ Oetker/ Preis/ Rebhahn/ Thüsing/ Waltermann*, Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, 2011.

<sup>28</sup> *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge – Gesetzesentwurf, 2012.

<sup>29</sup> Vgl. auch „Tarifeinheit soll Gewerkschaften befrieden“, FAZ v. 17.9.2013, 13.

<sup>30</sup> CDU/CSU & SPD, Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 27.11.2013, S. 50.

<sup>31</sup> BGBl. I 2015, S. 1130.

<sup>32</sup> BT-Drs. 18/4062, S. 8.



Abs. 3 BetrVG, am sachlichen Regelungsgegenstand der konkurrierenden Tarifverträge an. Der generelle Vorrang von Tarifverträgen der Mehrheitsgewerkschaft erfasst folglich ebenso Sachfragen, welche diese noch nicht geregelt hat. Ein Tarifvertrag einer Minderheitsgewerkschaft wird nur dann nicht verdrängt, wenn die Mehrheitsgewerkschaft ausdrücklich ergänzende Tarifregelungen durch andere Gewerkschaften zulässt; ihr Vorrang findet somit auch bei gewillkürter Tarifpluralität Anwendung. Minderheitsgewerkschaften erhalten gem. § 4a Abs. 4 Satz 3 TVG lediglich ein Nachzeichnungsrecht, durch das der Mehrheitstarifvertrag für ihre Mitglieder ebenfalls unmittelbar und zwingend gelten kann. Bei beginnenden Tarifverhandlungen trifft den Arbeitgeber bzw. den Arbeitgeberverband eine Bekanntgabepflicht, andere tarifzuständige Gewerkschaften haben außerdem ein Anhörungsrecht (§ 4a Abs. 5 Satz 1 und 2 TVG).<sup>33</sup>

## II. Neuerliche Kritik und Fortlauf

Wie bereits an der Rechtsprechung zur Tarifeinheit gab es auch an § 4a TVG immense Kritik, zum einen wie gehabt verfassungsrechtlicher Natur<sup>34</sup> – und das, obwohl das BAG diese quasi bestätigt hat –, zum anderen aufgrund zahlreicher praktischer Probleme, etwa bei der Ermittlung der Mehrheitsgewerkschaft, der eindeutigen Abgrenzung des Betriebs oder der Bewertung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfmaßnahmen.<sup>35</sup> Auch weiterhin stelle die Verdrängung der Tarifverträge anderer Gewerkschaften vor allem eine Aushöhlung von Art. 9 Abs. 3 GG dar, die der mit dem Gesetz verfolgte Zweck nicht rechtfertigen könne, gerade, da die Handlungsfähigkeit im Tarif- und Streikgeschehen die Substanz einer Koalition ausmache. Der Tarifabschluss für Minderheitsgewerkschaften werde jedenfalls faktisch unmöglich gemacht, was insgesamt gar deren Existenz bedrohe.<sup>36</sup> Hieran änderten weder die Rechte in § 4a Abs. 4 und 5 TVG noch die Möglichkeiten zu Abgrenzungsvereinbarungen oder Tarifgemeinschaften etwas, da diese auch bereits zuvor bestanden.<sup>37</sup> Letztere dürften ohnehin durch den neuen, teilweise aggressiven Koalitionspluralismus realitätsfremd geworden sein. Nicht zuletzt sei die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Koalitionsfreiheit zugeordnet und somit schon grundsätzlich originäre Aufgabe der Koalitionen selbst – auch der Gesetzgeber habe daher jedenfalls stets die Garantie der Koalitionsbetätigung zu beachten.<sup>38</sup> Dieser hätte sich insgesamt in keiner leichten Situation befunden,<sup>39</sup> gerade auch wegen des öffentlichen Drucks; die in diesem Zusammenhang aber vielmehr benötigten Schranken für das Streikrecht zur Schaffung einer gemäßigten Arbeitskämpfmentalität, etwa durch zeitliche Grenzen für Warnstreiks oder die Einführung einer gesetzlichen Pflicht zur Durchführung eines Schlichtungsverfahrens,<sup>40</sup> seien gleichwohl vollkommen ignoriert worden.

Nicht überraschend waren umgehend mehrere Verfassungsbeschwerden gegen § 4a TVG anhängig. Schon korrespondierende Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Gesetz blieben allerdings erfolglos, da laut BVerfG nicht feststellbar gewesen sei, dass die zwischenzeitliche Fortgeltung des Gesetzes für die beschwerdeführenden Berufsgruppengewerkschaften oder für Dritte zu den notwendigen gravierenden, nicht revidierbaren Nachteilen führten.<sup>41</sup>

## III. Verfassungsmäßigkeit des Tarifeinheitgesetzes

### 1. Das Urteil des BVerfG vom 11.7.2017

Trotz der Beständigkeit aller Argumente stuften die Karlsruher Richter das Tarifeinheitsgesetz letztlich auch in den Hauptsachen als verfassungskonform ein – zumindest „weitgehend“.<sup>42</sup> Dem BVerfG zufolge schütze Art. 9 Abs. 3 GG zwar auch den Bestand von Koalitionen, der sich gerade durch Tarifabschlüsse auszeichne und deren Verdrängung daher einen Eingriff in die Tarifautonomie darstelle. Zudem gingen damit auch grundrechtsbeeinträchtigende Vorwirkungen einher, etwa für das Werben von Mitgliedern, ihren Verbleib oder ihre Arbeitskampfbereitschaft.<sup>43</sup> Dennoch seien diese Beeinträchtigungen weitgehend zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber verfolge das legitime Ziel, zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie auch das Verhältnis von konkurrierenden Gewerkschaften untereinander zu regeln. Die Koalitionsfreiheit beinhalte in diesem Zusammenhang weder ein Recht auf absolute tarifpolitische Verwertbarkeit von Schlüsselpositionen und Blockademacht, noch eine generelle Bestandsgarantie. Gerade für das Gemeinwohl sei es möglich, Paritätsstörungen gesetzlich zu regulieren, wofür der Gesetzgeber über einen weiten Handlungsspielraum verfüge. Die Einschränkungen des Tarifeinheitgesetzes seien dafür überwiegend zumutbar, wenn ihnen durch eine restriktive Auslegung der Verdrängungsregelung, ihre verfassungsrechtliche Einbindung sowie durch eine weite Interpretation des Nachzeichnungsrechts Schärfen genommen würden.<sup>44</sup>

### 2. Verfassungskonformer Auslegungsbedarf

Zur Rechtfertigung statuiert das BVerfG bestimmte Auslegungsmaßstäbe für die Kollisionsauflösung. Hierzu gehöre zunächst die Beachtung der Minderheitsrechte in § 4a Abs. 4 und 5 TVG: Insbesondere das Nachzeichnungsrecht sei

<sup>33</sup> Dazu insgesamt Twardy, RdA 2016, 357.

<sup>34</sup> Statt vieler Henssler, RdA 2015, 222, 222 f.

<sup>35</sup> Näher Bayreuther, NZA 2013, 1395, 1396 f.; Löwisch, DB 2015, 1102, 1102 f.

<sup>36</sup> Richardi, NZA 2014, 1233, 1235; Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 6, 12 f.; Rüthers, ZRP 2015, 2, 4.

<sup>37</sup> Einhellig Schliemann, NZA 2014, 1250, 1252; Gaul, ArbRB 2015, 15, 17; Henssler, RdA 2015, 222, 225.

<sup>38</sup> Dazu anschaulich Ulber, NZA 2016, 619, 619 f.; siehe auch Greiner, in: Henssler/Moll/Bepler (Fn. 3), Teil 9 Rn. 168 f.; Ewer, NJW 2015, 2230, 2232; a.A. Papier/Krönke, ZfA 2011, 807, 827 ff. und Giesen, ZfA 2011, 1, 13 ff., die lediglich die Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit durch den Gesetzgeber annehmen; vermittelnd Braun, in: Thüsing/Braun (Fn. 2), 6. Kap. Rn. 156 sowie v. Steinau-Steinrück/Reiter, NJW-Spezial 2015, 434, 434, die § 4a TVG zumindest für den Bereich der Daseinsvorsorge als notwendig ansehen, da dort zudem nicht die tarifliche Leistungsfähigkeit im Vordergrund stehe.

<sup>39</sup> Mit der „Quadratur des Dreiecks“ auf den Punkt gebracht von Hromádka, NZA 2014, 1105.

<sup>40</sup> Henssler, RdA 2015, 222, 222 f.; so auch zur BDA/DGB-Initiative schon Lehmann, DB 2010, 2237, 2241 f.; näher zu Lösungsansätzen im Arbeitskämpfrecht Hufen, NZA 2014, 1237, 1238 f.; zur Neuverteilung des Arbeitskämpfrisikos Kalb, RdA 2015, 226.

<sup>41</sup> BVerfG, NZA 2015, 1271, 1273.

<sup>42</sup> BVerfG, NZA 2017, 915, 916 ff.; umfassende Analyse bei v. Steinau-Steinrück/Gooren, NZA 2017, 1149.

<sup>43</sup> BVerfG, NZA 2017, 915, 917.

<sup>44</sup> BVerfG, NZA 2017, 915, 922 f.

danach so auszulegen, dass es sich auf den gesamten verdrängenden Tarifvertrag bezieht.<sup>45</sup> Daneben hebt das Gericht die Nutzung der Regelungsmöglichkeiten unter den Betroffenen selbst hervor, etwa im Hinblick auf die Tarifdispositivität von § 4a TVG oder die Ergänzung mit Bestimmungen aus dem verdrängten Tarifvertrag. Des Weiteren gebiete eine verfassungskonforme Handhabung des Gesetzes ein Verbot der Verdrängung existenzrelevanter tariflicher Inhalte, z.B. zur Alterssicherung oder Arbeitsplatzgarantien, also solcher Leistungen, auf die sich Beschäftigte in ihrer Lebensplanung typischerweise einstellen.<sup>46</sup> Darüber hinaus hätten die Arbeitsgerichte bei Anwendung der Haftungsregeln sicherzustellen, dass bei Unsicherheit über ein potenzielles Haftungsrisiko weder bei klaren noch bei unsicheren Mehrheitsverhältnissen ein solches für Arbeitskampfmaßnahmen begründet werden könne.<sup>47</sup> Über einzelne, noch offene Fragen hätten ansonsten die Fachgerichte zu entscheiden, die überdies angehalten seien, die prozessrechtlichen Möglichkeiten zu nutzen, um die Offenlegung der Mitgliederstärke zu vermeiden.<sup>48</sup>

### 3. Nachbesserungsauftrag und Sondervoten

Unvereinbar mit dem Grundgesetz sei das Tarifeinheitsgesetz nur insoweit, als Vorkehrungen dagegen fehlten, dass die Belange von Angehörigen einzelner Berufsgruppen oder Branchen bei der Verdrängung bestehender Tarifverträge einseitig vernachlässigt werden, etwa durch eine wirksame Vertretung in der Mehrheitsgewerkschaft bei der Verdrängung. Der Gesetzgeber habe daher bis Ende 2018 entsprechende Neuregelungen vorzunehmen.<sup>49</sup> Bis dahin dürfe ein Tarifvertrag nur verdrängt werden, wenn dargelegt ist, dass die Mehrheitsgewerkschaft die Belange der Minderheitsgewerkschaft ernsthaft und wirksam in ihrem Tarifvertrag berücksichtigt hat.

Erwähnenswert sind zuletzt die Sondervoten der Richter *Paulus* und *Baer*, die dem Urteil in der Bewertung, der Weitergeltung des Gesetzes sowie der Überantwortung grundrechtlicher Probleme an die Fachgerichte nicht folgen.<sup>50</sup> Inhaltlich sei das Ziel der Sicherung der Tarifautonomie zwar legitim, das Mittel der Verdrängung aber zu scharf. Die Wahrscheinlichkeit, dass das Gesetz gar heftigere Konkurrenzen und Statuskämpfe in einzelnen Betrieben provoziere, sei hoch, die Geeignetheit zur Erreichung des Ziels daher fraglich. Auch die Annahme einheitlicher Arbeitnehmerinteressen durch Betonung der Bedeutung des Nachzeichnungsrechts sei fehlgeleitet. Sofern die Kollisionsregel nicht mit dem Grundgesetz vereinbar sei, wenn auch nur teilweise, dann könne sie nicht fortgelten.

### E. Offene Probleme

Unabhängig von der Beurteilung der Entscheidung bedingen dessen Anforderungen an den Umgang mit dem Gesetz neue Baustellen für kommende Tarifkonflikte, obwohl das Tarifeinheitsgesetz diese eigentlich befrieden sollte. Problematisch erscheint dies gerade vor dem Hintergrund, dass es ohnehin bereits diverse offene Anwendungsfragen gibt.

## I. Wirklichkeitsfremde Auslegungsweisungen des BVerfG

„Nicht zu übersehen“ sei nach dem Sondervotum der Richter *Paulus* und *Baer*, dass das Tarifeinheitsgesetz „auf einen einseitigen politischen Kompromiss [...] zurückgehe“ und dazu „auf Einschätzungen der sozialen Wirklichkeit beruhe, an denen durchaus Zweifel bestehen“.<sup>51</sup> Die beiläufigen Bemerkungen zu den Motiven des Gesetzes reflektieren auf die Konsequenzen des Urteils bezogen wiederum genau dessen Problemkern: Wo das BVerfG eigentlich eine klare Entscheidung für oder gegen die Geltung der Tarifeinheit bei Tarifpluralität fällen sollte, begründet es nun nur noch mehr Fragen. Fast künstlich versucht das Gericht, die Bedeutung der Minderheitenrechte in § 4a Abs. 4 und 5 TVG hervorzuheben, dabei erhält etwa das Nachzeichnungsrecht auch durch eine verfassungsrechtliche Akzentuierung für verdrängte Minderheitsgewerkschaften und ihre Mitglieder nicht mehr Gewicht. Wie die nachzubessernde, intensivere Berücksichtigung von deren Angehörigen im Mehrheitstarifvertrag konkret aussehen könnte, lassen die Karlsruher Richter ebenfalls offen. Gerade hier ignoriert die Entscheidung die betriebliche Realität, wo seit der Rechtsprechungsänderung des BAG in vielen Bereichen sowohl eine Entzweiung verschiedener Belegschaftsteile als auch Brüche innerhalb der gewerkschaftlichen Solidarität stattgefunden haben, die kaum darin münden werden, dass Großgewerkschaften manierlich-differenzierte Inhalte für Schlüsselberufe aushandeln, wie es die eigene Gewerkschaft für diese täte. Dass existenzrelevante Leistungen nicht verdrängt werden können, erscheint verfassungsrechtlich zwar angezeigt, kann aber ebenso zu vollkommen unterschiedlichen Arbeitsbedingungen innerhalb eines Betriebs führen, die vom Arbeitgeber zudem administrativ bewältigt werden müssen.

Durch den Auslegungsauftrag an die Arbeitsgerichte hinsichtlich des Haftungsrisikos bei Arbeitskämpfen erfährt der Karlsruher Rettungsversuch im Übrigen sein größtes Paradoxon: Was durch die Renaissance der Tarifeinheit gerade eingedämmt werden sollte, nämlich die immense Mehrung von Arbeitskampfmaßnahmen im Betrieb durch immer mehr Gewerkschaften, wird nun um ihre einzige Hemmschwelle erleichtert: das Haftungsrisiko bei Rechtswidrigkeit. Fraglich bleibt außerdem, was die Maßgabe bewirkt, die Gerichte sollen prozessrechtlich die Vertraulichkeit der Mitgliederzahlen gewährleisten, während das dazu eingeführte Beschlussverfahren bisher noch niemals durchgeführt wurde.<sup>52</sup>

## II. Originäre Anwendungsfragen des Tarifeinheitsgesetzes

Fernab der entscheidungsimmanenten Probleme birgt das Tarifeinheitsgesetz dazu bereits in seinem genuinen Regelungsgehalt zahlreichen Klärungsbedarf. Ein wesentliches

<sup>45</sup> BVerfG, NZA 2017, 915, 924 f.

<sup>46</sup> BVerfG, NZA 2017, 915, 923.

<sup>47</sup> BVerfG, NZA 2017, 915, 917 f.

<sup>48</sup> BVerfG, NZA 2017, 915, 925.

<sup>49</sup> BVerfG, NZA 2017, 915, 925, 927.

<sup>50</sup> BVerfG, NZA 2017, 915, 929 f.

<sup>51</sup> BVerfG, NZA 2017, 915, 925 & 928 f.

<sup>52</sup> Zu diesem allgemein *Löwisch*, NZA 2016, 997.

Problemfeld von § 4a TVG bildet insbesondere die Umsetzbarkeit einer eindeutigen Ermittlung der Mehrheitsgewerkschaft. So irrelevant (weil offensichtlich) die Prüfung bei den in der Öffentlichkeit für Aufsehen erregenden Tarifkonflikten im öffentlichen Dienst oder Verkehrswesen sein mag, so eng kann sie in Spezialbetrieben mit überschaubaren Belegschaftsgrößen sein. Selbst bei freiwilliger Vorlage von Mitgliederlisten durch die Gewerkschaften, deren Vertraulichkeit indes auch das BVerfG nun nochmal betont, ist nicht unbedingt gewährleistet, dass diese auch zu einwandfreien Zuordnungen führen.<sup>53</sup> Dabei darf ebenso wenig verkannt werden, dass Arbeitgeber und Mehrheitsgewerkschaft tarifvertraglich entsprechende Betriebszuschnitte vereinbaren können, um unliebsame Gewerkschaften in der Minderheit zu belassen.<sup>54</sup> Nicht zuletzt können sich Mehrheitsverhältnisse während tariflicher Auseinandersetzungen verändern. Organisatorisches Chaos kommt außerdem auf Arbeitgeber dazu, die sich in hohem Umfang Bezugnahme Klauseln bedienen, bei denen nicht mehr klar ist, auf welche Tarifverträge sie verweisen. In der Literatur wurde dafür die Inanspruchnahme des Leistungsbestimmungsrechts des Arbeitgebers nach § 315 BGB in Betracht gezogen,<sup>55</sup> was jedoch einen Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB darstellen und zu dem Kuriosum führen könnte, dass so der Arbeitgeber für die Nicht-Organisierten vorgibt, welcher Tarifvertrag aus seiner Sicht am besten zum Betrieb passt.

Die Verdrängung eines Minderheitstarifvertrags kann ferner tarifrechtliche Konsequenzen haben: Mit der fehlenden Durchsetzung eigener Tarifverträge kann der Verlust der Tariffähigkeit einhergehen, wenn die Mehrheitsverhältnisse keine signifikanten Veränderungen in naher Zukunft anzeigen. Eine Koalition, die – trotz Mitgliedern in beruflichen Schlüsselpositionen – schon deshalb nicht zum Aushandeln eines Tarifvertrags in der Lage ist, weil von vorneherein klar ist, dass dieser keine Geltung erlangt, fehlt es womöglich an der notwendigen Durchsetzbarkeit gegenüber dem Tarifpartner.<sup>56</sup> Das BVerfG geht diesbezüglich zwar auf die substantielle Gefahr für den Mitgliederbestand ein, nicht jedoch auf die weitreichenderen Folgen für den möglichen Verlust der Gewerkschaftseigenschaft.

### III. Anwendungshemmungen in der Praxis

Das übergeordnete Problem der kodifizierten Tarifeinheit besteht schließlich in ihrer bisher nur theoretischen Natur: Wohl nicht nur wegen seiner erst jüngst geklärten Verfassungsmäßigkeit, sondern gerade auch ob der aufgezeigten Begleitfragen wurde § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG bis heute kein einziges Mal angewendet.<sup>57</sup> Dabei ist vor allem zu beachten, dass entgegen des medialen Eindrucks aufgrund der extremen Konflikte bei wichtigen Unternehmen für das Allgemeinwohl die tatsächliche Reichweite der Vorschrift nur einen geringen Bereich des Tarifwesens erfasst<sup>58</sup> – und dort mithin auch ein Auflösungsbedürfnis bestehen muss. In einem der tariflichen Hauptbrennpunkte der letzten Jahre, dem Konflikt zwischen der Deutschen Bahn AG und der GDL, welcher insofern

einen der seltenen möglichen Anwendungsfälle darstellte, wurde zur Vermeidung weiterer Eskalationen darüber hinaus gar die Nichtanwendung des Gesetzes diskutiert,<sup>59</sup> bevor kurz vor dessen Inkrafttreten eine Tarifeinigung erzielt wurde.<sup>60</sup> Da das BVerfG jetzt auch explizit auf die Tarifdispositivität der Regelungen hinweist, könnte dies in Anbetracht der explodierenden Arbeitskampfstatistik während der Entstehung des Tarifeinheitsgesetzes<sup>61</sup> gar Vorbildcharakter haben und Auseinandersetzungen dort entschärfen, wo das eigentlich dafür geschaffene Gesetz nur neue Konfliktherde schafft.

### F. Fazit

Wegen diverser Anwendungsfragen sowie aufgrund des durch das BVerfG angeordneten Auslegungsbedarfs gehen mit dem Tarifeinheitsgesetz samt seiner mehrheitsbezogenen Kollisionsauflösung mehr Probleme einher, als dass das Gesetz Antworten für eine klare Rechtslage liefert. Wenigstens bis zu ersten Entscheidungen der Arbeitsgerichte bewegen sich tarifplurale Konflikte demnach in einem Vakuum der Rechtsunsicherheit. Deren Beseitigung kann wiederum erst durch die tatsächliche Anwendung des Gesetzes erfolgen, die in Anbetracht des begrenzten Anwendungsbereichs sowie gewisser diplomatischer Restanstrengungen der Konfliktparteien jedoch bisher ausgeblieben ist. Gleichwohl lebt die gesetzliche Manifestation der Tarifeinheit – zumindest in der Theorie. Jenseits aller rechtlicher Fragen muss sich eine Gesellschaft, die sich arbeitspolitisch wesentlich über die Stärke und Ausgewogenheit ihrer Tarifautonomie definiert, im Endeffekt aber vielleicht auch schlicht mit den Beeinträchtigungen der Tarifpluralität abfinden und diesbezüglich auf die Vernunft der Tarifpartner vertrauen, wenn diese frei von politischen oder gesetzgeberischen Hintergrundaktivitäten agieren.

<sup>53</sup> So auch schon *Bayreuther*, NZA 2013, 1395, 1396; *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 8 f.

<sup>54</sup> Dazu umfänglich *Löwisch/Rieble* (Fn. 8), § 4a TVG Rn. 37 ff.; ebenso *Gaul*, ArbRB 2015, 15, 16.

<sup>55</sup> *Löwisch/Rieble* (Fn. 8), § 3 TVG Rn. 642; *Willemsen/Mehrens*, NZA 2010, 1313, 1315.

<sup>56</sup> So auch schon *Bayreuther*, DB 2010, 2223, 2223; *Ewer*, NJW 2015, 2230, 2232.

<sup>57</sup> Vgl. „Verfassungsgericht klärt Zukunft des Streikrechts“, FAZ v. 11.7.2017, 17.

<sup>58</sup> Zu den genauen Eingrenzungen abermals *Löwisch/Rieble* (Fn. 8), § 4a TVG Rn. 44 ff.

<sup>59</sup> Siehe „Tarifeinheitsgesetz erhitzt die Gemüter“, Handelsblatt Online v. 6.7.2015, verfügbar unter <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/gdl-streik-gesetz-tarifeinheitsgesetz-erhitzt-die-gemueter/12017814.html> (zuletzt abgerufen am 11.11.2017).

<sup>60</sup> Diese genießt infolgedessen Bestandsschutz, § 13 Abs. 3 TVG.

<sup>61</sup> Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Streikstatistik – Berichtsjahr 2015, nach der 2015 fast zehn Mal so viele Gesamtarbeitstage wegen Arbeitskämpfen ausfielen als im Vorjahr (verfügbar unter <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statistikdaten/Detail/201512/iiiia6/streik/streik-d-0-201512.xls.xls>, zuletzt abgerufen am 11.11.2017).



Anja Penners\*

# Kostentragungsregeln im Zivilverfahren im Rechtsvergleich

Eine Untersuchung verfahrensdynamischer Auswirkungen von Erfolgshonorar und contingent fee auf das Zivilverfahren anhand rechtsvergleichender Erkenntnisse

## A. Einführung

„Der Rechtsanwalt ist hochverehhlich, obwohl die Kosten oft beschwerlich.“<sup>1</sup> Als Ausdruck einer alten, jedoch bei weitem nicht veralteten Problematik fasst dieses Zitat ein wesentliches Dilemma des Kostenrechts treffend zusammen: Zwar ist die anwaltliche Arbeit ein zentraler Bestandteil des Zivilverfahrens und muss durch entsprechende Entlohnung aufrechterhalten werden, doch stellen die Anwaltskosten gleichzeitig die regelmäßig größte finanzielle Hürde für den Rechtssuchenden dar.<sup>2</sup> Zur Herstellung eines Gleichlaufs zwischen angemessener Anwaltsentlohnung und erschwinglicher Rechtsverfolgung hat sich vielerorts eine erfolgsbasierte Anwaltsvergütung entwickelt,<sup>3</sup> über deren (nachteilige) Auswirkungen auf die Dynamik des Zivilverfahrens nach wie vor heftig diskutiert und nicht zuletzt auch spekuliert wird. Vor diesem Hintergrund fallen bei einer Gegenüberstellung der US-amerikanischen *contingent fee* sowie dem deutschen Erfolgshonorar besonders die gegensätzlichen Regelungsansätze beider Jurisdiktionen auf. Diese stellen die ideale Grundlage für eine rechtsvergleichende Untersuchung dieser Auswirkungen dar, welche nun erfolgen soll. Dabei wird das Hauptaugenmerk auf der Frage liegen, welche Regelungen gemessen an ihren prozessdynamischen Auswirkungen wünschenswert sind.

## B. Regelungslage in den untersuchten Jurisdiktionen

### I. Grundsätze des nationalen Kostenrechts

#### 1. Deutschland

Nach § 91 I 1 ZPO hat „die unterliegende Partei [...] die Kosten des Rechtsstreits zu tragen [...] soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren.“ Als Kosten des Rechtsstreits sind der obsiegenden Partei damit die gesamten Prozesskosten zu erstatten, die im Verlauf einer ökonomischen Prozessführung angefallen sind.<sup>4</sup> Hinter dieser Unterlegenenhaftung steht die Absicht, dem Obsiegenden das ihm von der Rechtsordnung zugesprochene Recht in Gänze und nicht abzüglich der Kosten einer Rechtsdurchsetzung zu gewähren.<sup>5</sup>

#### 2. USA

Die Tragung der Anwaltskosten richtet sich in den USA überwiegend nach der sog. *American Rule of Costs*, ein heute in fast allen Bundesstaaten<sup>6</sup> anerkannter, gesetzlich nicht normierter Rechtsgrundsatz, wonach die Parteien eines Zivilverfahrens zur Tragung der eigenen Anwaltskosten verpflichtet sind. Freilich bestehen zahlreiche spezialgesetzliche Durchbrechungen der *American Rule*, die ein *fee shifting* normieren.<sup>7</sup> Dennoch stellt die *American Rule* nach wie vor einen zentralen Grundsatz des US-amerikanischen

Zivilprozesses dar, dessen bedeutende Auswirkungen auf die Verfahrensdynamik bis heute ungebrochen sind.<sup>8</sup>

Ihrem Sinn und Zweck nach soll die *American Rule* die Bewertung des Prozessrisikos durch die Parteien vereinfachen, welche aufgrund eines häufig ungewissen Verfahrensausgangs sowie dem Fehlen einer Gebührenordnung, sonst kaum zu leisten wäre.<sup>9</sup> Außerdem soll der Unterlegene nicht bestraft werden, der den Prozess gutgläubig einging.<sup>10</sup>

Alle übrigen Kosten muss die unterliegende Partei nach *Rule 54 (d) (1)* der *Federal Rules of Civil Procedure* übernehmen. Da diese Kosten aufgrund ihrer vergleichsweise Geringfügigkeit allerdings kaum ins Gewicht fallen,<sup>11</sup> kann für die nachfolgenden Erwägungen vereinfachend von einer allgemeinen Geltung der *American Rule* ausgegangen werden.

## II. Rechtlicher Umgang mit der erfolgsbasierten Anwaltsvergütung

### 1. Deutschland

Legaldefiniert wird das Erfolgshonorar in § 49b II 1 BRAO als „[Vereinbarung], durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird oder nach [der] der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält“. Erfasst sind damit solche Vergütungsvereinbarungen, bei denen die Anspruchsentstehung dem Grunde oder der Höhe nach unter der aufschiebenden Bedingung (vgl. § 158 I BGB) eines bestimmten anwaltlichen Erfolgs steht.<sup>12</sup>

Ein Erfolgshonorar darf nach § 4a I 1 RVG „nur für den Einzelfall und nur dann vereinbart werden, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei

\* Die Autorin ist Studentin der Bucerius Law School, Hamburg.

<sup>1</sup> Prominente Abwandlung von *Busch*, *Maler Klecksel* – Was beliebt ist auch erlaubt, S. 619.

<sup>2</sup> So etwa in den USA, s. *Grossfeld*, *RabelsZ* 39 1975, 5, 25.

<sup>3</sup> So etwa in den USA, s. *Mac Kinnon*, *Contingent Fees for Legal Services – Professional Economics and Responsibilites*, 1964, S. 14; *Neufang*, *Kostenverteilung im US-amerikanischen Zivilprozess und Urteilsanerkennung in Deutschland*, 2002, S. 20.

<sup>4</sup> *Schulz*, in: *MüKoZPO*, Kommentar zur ZPO, 2016, § 91 Rn. 2, 48; *Flockenhaus*, in: *Musielak/Voit*, Kommentar zur ZPO, 2017, § 91 Rn. 11; *Wilke*, *ZJS* 4/2014, 365, 367.

<sup>5</sup> *Wilke*, *NJS* 4/2014, 365, 366.

<sup>6</sup> Mit Ausnahme von Alaska, s. *Neufang* (Fn. 3), S. 31.

<sup>7</sup> *Neufang* (Fn. 3), S. 48.

<sup>8</sup> *Neufang* (Fn. 3), S. 32-33.

<sup>9</sup> *Neufang* (Fn. 3), S. 33.

<sup>10</sup> *Grossfeld*, *RabelsZ* 39 1975, 5, 25.

<sup>11</sup> Vgl. *Hensler*, in: *Hodges/Vogenauer/Tulibacka* (Hrsg.), *The Costs and Funding of Civil Litigation*, S. 540.

<sup>12</sup> Vgl. *Kilian*, *NJW* 2008, 1905, 1906.

verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde“. Bei der vorzunehmenden Beurteilung müssen neben den wirtschaftlichen Verhältnissen des Mandanten<sup>13</sup> auch die finanziellen Risiken des Prozesses aus der Perspektive eines ökonomisch denkenden Mandanten berücksichtigt werden.<sup>14</sup> Aufgrund der Einzelfallregelung nach § 4a I 1 RVG ist es dem Rechtsanwalt nicht gestattet, mit all seinen Mandanten oder bei allen für einen Mandanten übernommenen Mandaten ein Erfolgshonorar zu vereinbaren.<sup>15</sup>

Nach § 4a II Nr. 2 RVG muss die Vereinbarung außerdem insbesondere dahingehend bestimmt sein, dass angegeben wird, welche Vergütung bei Eintritt welcher Bedingung verdient sein soll. Weiter verlangt § 4a II Nr. 1 RVG die Angabe der voraussichtlichen gesetzlichen Vergütung, also der Vergütung, die nach dem RVG im vorliegenden Fall angemessen ist.<sup>16</sup> So soll der Mandant in die Lage versetzt werden, die Angemessenheit des Erfolgshonorars abschätzen zu können.<sup>17</sup> Zudem erfordert § 4a III 1 RVG die Niederschrift der Gründe in den Vertrag, die für die Bemessung des Erfolgshonorars entscheidend waren.<sup>18</sup> Damit sollen Informationsasymmetrien zwischen Rechtsanwalt und Mandant überwunden sowie die Schaffung von Transparenz zur Verhinderung von Interessenkonflikten begünstigt werden.<sup>19</sup> Entscheidend ist außerdem, dass der Rechtsanwalt gem. § 4a III 2 RVG nicht als Finanzierer für die übrigen Prozesskosten aufkommen darf.<sup>20</sup>

Der für den Erfolgsfall vereinbarte Zuschlag muss angemessen sein, was sowohl eine höhenmäßige Beschränkung (vgl. § 3a II 1 Alt. 2 RVG) als auch ein Verbot der Gebührenunterschreitung (vgl. § 49b I 1 BRAO i.V.m. § 4a I 2 RVG) bedeutet. Das Verbot der Gebührenunterschreitung aus § 49b I 1 BRAO wird in § 4a I 2 RVG speziell für die Vereinbarung eines Erfolgshonorars im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens gesichert und dient der Verhinderung eines Preiswettbewerbs um Mandate.<sup>21</sup>

Das Gegenstück zum Verbot der Gebührenunterschreitung bildet schließlich § 3a II 1 Alt. 2 RVG, wonach ein unangemessen hoher Erfolgszuschlag im Rechtsstreit auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann.<sup>22</sup>

## 2. USA

Die Regulierung der *contingent fee* unterliegt sowohl bundes- und einzelstaatlichem Recht als auch autonomen standesrechtlichen Vorgaben, wie etwa den *ABA Model Rules of Professional Conduct*. Letztere sind inzwischen durch sämtliche Bundesstaaten in das einzelstaatliche Recht inkorporiert worden und eignen sich damit wie die meisten *ABA Model Rules* zur (repräsentativen) Darstellung standesrechtlicher Vorgaben.<sup>23</sup> Die Darstellung der bundesrechtlichen Rahmenbedingungen einer *contingent fee*-Vereinbarung, als durch *case law* regulierte Vergütungsform, soll hier anhand der Vorgaben des 3<sup>rd</sup> *Restatement of the Law Governing Lawyers* (Rest. 3<sup>rd</sup>) erfolgen, welches als „*black letter law*“<sup>24</sup> eine zutreffende Spiegelung des relevanten *case law* darstellt.<sup>25</sup>

Die *contingent fee* kann, ähnlich wie das Erfolgshonorar, sowohl in Form eines Prozentsatzes der gewonnenen

Vergleichs- oder Urteilssumme, als auch eines erhöhten Stundenlohns auftreten, der nur bei Eintritt eines vereinbarten Erfolgs vom den Mandanten an den Anwalt zu entrichten ist.<sup>26</sup>

Zur Vereinbarung einer zulässigen *contingent fee* stellt Rule 1.5 lit. c der *Model Rules* zum Schutz des Mandanten insbesondere die Anforderung auf, dass der Mandant in der Vereinbarung ausdrücklich darauf hinzuweisen ist, für welche Gebühren er unabhängig vom Verfahrensausgang ggf. aufkommen muss. Dabei ist es in den USA durchaus üblich, dass der Anwalt als Prozessfinanzierer für sämtliche Prozesskosten aufkommt.<sup>27</sup>

In Absatz 2 des § 35 Rest. 3<sup>rd</sup> wird zudem bestimmt, dass der Anwalt seine Vergütung nur dann verlangen kann, wenn der Mandant die erstrittene Summe tatsächlich erhalten hat.<sup>28</sup> So soll sichergestellt werden, dass die hinter der *contingent fee* stehenden Absichten, (1) den Zugang zu den Gerichten auch den weniger Wohlhabenden zu ermöglichen, (2) dem Anwalt einen zusätzlichen Anreiz zur Verfolgung der Mandanteninteressen zu geben sowie (3) das Prozessrisiko auf den Anwalt zu verlagern,<sup>29</sup> erreicht werden.

In § 34 Rest. 3<sup>rd</sup> sowie Rule 1.5 lit. a der *Model Rules* wird für sämtliche Vergütungsvereinbarungen weiter festgelegt, dass die Höhe der Vergütung den Umständen entsprechend *reasonable* sein muss. Wann eine *contingent fee reasonable* ist, wird in den Ausführungen zu § 35 Rest. 3<sup>rd</sup> konkretisiert: Die *contingent fee* kann zwar wesentlich höher sein als die alternative Vergütung auf Stundenlohnbasis, ihre Höhe muss jedoch durch ein besonderes Risiko und/oder einen entsprechenden zeitlichen Aufwand gerechtfertigt sein.<sup>30</sup>

Obwohl die *reasonableness* an den Umständen des Falles zu messen ist, haben sich bestimmte Prozentsätze als gebräuchlich herauskristallisiert: So sind üblicherweise 30% der Vergleichs- und 40-50% der Urteilssumme an den Anwalt zu entrichten, wobei davon auszugehen ist, dass diese Beträge von den Gerichten als *reasonable* anerkannt werden.<sup>31</sup>

<sup>13</sup> Meyer, ZAP Fach 24 2009, 1179.

<sup>14</sup> Vgl. BT Drs. 16/8916 S. 14.

<sup>15</sup> Thiel, in: Schneider/Volpert/Fölsch, Kommentar zum RVG, 2017, § 4a Rn. 2.

<sup>16</sup> Teubel, in: Mayer/Kroiß, Kommentar zum RVG, 2017, § 4a Rn. 45.

<sup>17</sup> Kilian, NJW 2008, 1905, 1908.

<sup>18</sup> Thiel, in: Schneider/Volpert/Fölsch (Fn. 15), § 4a RVG Rn. 5.

<sup>19</sup> Kilian, NJW 2008, 1905, 1909.

<sup>20</sup> Thiel, in: Schneider/Volpert/Fölsch (Fn. 15), RVG § 4a Rn. 16.

<sup>21</sup> BT-Drs. 12/4993, S. 31.

<sup>22</sup> Teubel, in: Mayer/Kroiß (Fn. 16), Rn. 40.

<sup>23</sup> American Bar Association: „State Adoption of the ABA Model Rules of Professional Conduct“, unter: [https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model) (abgerufen am 28.9.2017).

<sup>24</sup> Tarlton Law Library: „About Restatements“, unter: <http://tarlton.law.utexas.edu/restatements> (abgerufen am 28.6.2017).

<sup>25</sup> Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers, Foreword.

<sup>26</sup> Jay, 2 Geo. J. L. E. 1989, 813, 814.

<sup>27</sup> Kritzer, 47 DePaul L. Rev. 1998, 267, 268.

<sup>28</sup> Byrd v. Clark, 153 S.E. 737 (Ga.1930).

<sup>29</sup> Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers § 35 comm. b.

<sup>30</sup> Vgl. McKenzie Constr., Inc. v. Maynard, 823 F.2d 43 (3d Cir.1987).

<sup>31</sup> Hensler (Fn. 11), S. 540.

### III. Ergebnis des Vergleichs

Hinsichtlich der rechtlichen Handhabung des Erfolgshonorars weisen Deutschland und die USA einen gegenläufigen Ansatz auf: Während das Erfolgshonorar in Deutschland grundsätzlich verboten und nur in Ausnahmefällen erlaubt ist, kommt der *contingent fee* in den USA vielfach die Rolle der gängigsten Klägeranwaltsvergütung zu.

Diese unterschiedlichen Regelungsansätze wurden mitunter durch das sie umgebende Kostenrecht geprägt, sodass die ausschlaggebenden Aspekte zur Erläuterung kurz dargestellt werden sollen: Da Anwaltskosten verglichen mit den USA in Deutschland wesentlich geringer sind<sup>32</sup> und die weniger Wohlhabenden nach §§ 114-127 ZPO Prozesskostenhilfe erhalten können, sind Rechtssuchende in Deutschland bereits deutlich seltener auf die Vereinbarung eines Erfolgshonorars angewiesen, um einen Prozess zu führen.<sup>33</sup> Zudem gewährleistet die BRAGO die Vorhersehbarkeit und Angemessenheit der Höhe der gem. § 91 I 1 ZPO zu erstattenden Kosten,<sup>34</sup> sodass es nicht der Verlagerung der Prozesskosten auf den Anwalt zur Schaffung einer Kostengerechtigkeit zwischen den Parteien bedarf.

Das verhält sich in den USA anders: Indem die *American Rule* für sich genommen aufgrund der mangelnden Kostenersatzung den Obsiegenden benachteiligt und diesem keine Sozialhilfe zur Prozessführung gewährt wird,<sup>35</sup> wird die *contingent fee* in den USA durch die Kostenverlagerung auf den Anwalt vielfach als für die Gewährleistung eines fairen Prozesses unabdingbar angesehen.<sup>36</sup> Das US-amerikanische Kostenrecht legt damit anders als deutsches Kostenrecht den Grundstein für einen hohen gesellschaftlichen Bedarf nach einer erfolgsbasierten Anwaltsvergütung.

Vor diesem Hintergrund sind besonders folgende rechtliche Unterschiede hervorzuheben: Die in den USA übliche Finanzierung sämtlicher Prozesskosten durch den Klägeranwalt hat durch § 4a III 2 RVG eine strikte Ablehnung erfahren.<sup>37</sup> Denn ein derart erhöhtes finanzielles Risiko auf Seiten des Anwalts birgt die Gefahr einer Prozessführung, die vielmehr den Interessen des Anwalts als denen des Mandanten zu dienen bestimmt ist.<sup>38</sup> So kommt es auch, dass den Prozessfinanzierern in Deutschland ein Markt überlassen wird, der in den USA fast gänzlich durch die Anwaltschaft bedient wird.<sup>39</sup>

Anwaltliche Interessenkonflikte sollen zudem durch das in § 49b I 1 BRAO i.V.m. § 4a I 2 RVG verankerte Verbot der Unterschreitung gesetzlicher Anwaltsgebühren unterbunden werden. Dieses ist dem US-amerikanischen Recht, das nur eine höhenmäßige Begrenzung der *contingent fee* durch die Beurteilung ihrer *reasonableness* vorsieht, unbekannt. Das deutsche Recht beugt somit dem Risiko vor, dass ein Preiswettbewerb um Mandate zu einem unangemessen niedrigen Honorar führt, das für den Anwalt nur ein Mindestmaß an Aufwand lohnt.<sup>40</sup>

Indem das Erfolgshonorar anders als die *contingent fee* gem. § 4a I 1 RVG zudem nur für den Einzelfall vereinbart werden darf, wird dem Anwalt nach deutschem Recht außerdem die Möglichkeit genommen allein auf Grundlage einer erfolgsbasierten Vergütung durch die Auswahl entsprechender Mandate

zu arbeiten. So kann einem Rechtsmarkt entgegengewirkt werden, in dem gewisse Mandate nur bei Vereinbarung eines Erfolgshonorars durch den Anwalt akzeptiert werden. Damit wird der Rechtssuchende nicht in die Lage versetzt, sich auch gegen seinen Willen auf eine solche Vereinbarung einlassen zu müssen.<sup>41</sup>

### C. Auswirkungen erfolgsbasierter Vergütungsformen auf den Zivilprozess

Doch wie problematisch ist die *contingent fee* wirklich? Mit welchen verfahrensdynamischen Auswirkungen wäre bei einer rechtlichen Annäherung des Erfolgshonorars an die *contingent fee* tatsächlich zu rechnen? Und inwiefern stellt dabei die gefürchtete „Amerikanisierung“<sup>42</sup> deutschen Kostenrechts in Anbetracht des die Honorarvereinbarungen umgebenden Regelungssystems überhaupt eine realistische Folge dar?

Im Verlauf einer blühenden Diskussion über Erfolgshonorar und *contingent fee* wurde und wird noch stets vieles vertreten, das in Ermangelung der Berücksichtigung bestimmter relevanter Faktoren in vielen Fällen zu einem verzerrten Bild erfolgsbasierter Vergütungsformen geführt hat. Dabei verrät ein Blick in die Literatur, dass dennoch einige wertvolle Aspekte hervorgebracht wurden, deren richtige Verknüpfung einen zutreffenden Eindruck von dieser viel kritisierten Vergütungsform ermöglicht. Daher sollen die verfahrensökonomischen Kritikpunkte vor dem Hintergrund der soeben aufgeworfenen Fragen nun gesondert vorgestellt und auf Basis des gesammelten Wissens beurteilt werden.

#### I. Im Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant

##### 1. Begünstigung von Interessenkonflikten

Indem der Anwalt finanzieller Teilhaber am Prozessrisiko des Mandanten wird, kann die Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung häufig zu einer besonderen Parallelität der Interessen von Anwalt und Mandant führen.<sup>43</sup> Teilweise können jedoch Situationen entstehen, in denen der Anwalt anders als der Mandant an einer schnellen Beendigung des Falles interessiert ist.<sup>44</sup> Dazu kann es etwa kommen, wenn sich der erforderliche Aufwand gemessen am Erwartungswert für den Anwalt nicht lohnt oder sich dem Anwalt attraktivere Mandate bieten, die er in der Zeit bearbeiten könnte.<sup>45</sup> In beiden Fällen wird der Anwalt geneigt sein, einen Vergleich anzunehmen, obwohl gute Aussichten auf

<sup>32</sup> Hodges/Vogenauer/Tulibacka, The Costs and Funding of Civil Litigation – A Comparative Perspective, 2010, S. 68.

<sup>33</sup> Meyer, AnwBl 2009, 531.

<sup>34</sup> Neufang (Fn. 3), S. 104.

<sup>35</sup> Neufang (Fn. 3), S. 34.

<sup>36</sup> Neufang (Fn. 3), S. 32.

<sup>37</sup> Thiel, in: Schneider/Volpert/Fölsch (Fn. 15), RVG § 4a Rn.16.

<sup>38</sup> Meyer, AnwBl 2009, 531.

<sup>39</sup> Neufang (Fn. 3), S. 178.

<sup>40</sup> BT-Drs. 12/4993, S. 31.

<sup>41</sup> Jay, 2 Geo. J. L. E. 1989, 813, 823.

<sup>42</sup> Hartung, AnwBl 6/2008, 396, 398.

<sup>43</sup> Neufang (Fn. 3), S. 41.

<sup>44</sup> Jay, 2 Geo. J. L. E. 1989, 813, 853.

<sup>45</sup> Jay, 2 Geo. J. L. E. 1989, 813, 854.



einen Verfahrenssieg bestehen, die für den Mandanten eine weitere Prozessführung lohnenswert erscheinen lassen.<sup>46</sup>

Dass dieses Problem besteht, ist nicht zu leugnen. Doch zeigt die Betrachtung möglicher Alternativen, dass ein Interessenkonflikt bei sämtlichen Vergütungsformen entstehen kann.<sup>47</sup> Zu nennen sind folgende Beispiele: So kann etwa ein Stundenlohn dem Anwalt einen Anreiz zur Prozessverlängerung trotz widersprechender Mandanteninteressen geben oder ihn bei gewinnbringenderen Opportunitäten dazu veranlassen ein aussichtsreiches Verfahren zu verkürzen.<sup>48</sup> Letzteres wird auch bei einer Pauschalgebühr riskiert, wo die Vergütung vom Verfahrensverlauf vollständig entkoppelt ist und dem Anwalt kein Anreiz gegeben wird, mehr Arbeit in das Mandat zu investieren als nötig. Ist die Vergütung erfolgsbasiert, so wird der Anwalt zumindest ein wirtschaftliches Eigeninteresse daran haben, einen gewissen Erfolg herbeizuführen, wenn auch im Verfahren vorzugswürdigere Resultate erreichbar gewesen wären.<sup>49</sup>

Die Problematik ist damit soweit zu relativieren, dass auf nicht minder problematische Interessenkonflikte bei alternativen Vergütungsformen hinzuweisen ist und Interessenkonflikte somit als sämtlichen Vergütungsformen anhaftender Nachteil zu qualifizieren sind.

Nichtdestotrotz sind die Maßnahmen des deutschen Kostenrechts zur Abschwächung von Interessenkonflikten zu begrüßen. Anders als in den USA darf der Anwalt nicht zum Finanzierer sämtlicher Prozesskosten seines Mandanten werden (vgl. § 4a III 2 RVG), womit auch sein, derartige Konflikte begünstigendes, Eigeninteresse am Fall nicht übermäßig steigt. Gleichzeitig gewährleistet das Verbot der Gebührenunterschreitung (vgl. § 49b I 1 BRAO i.V.m. § 4a I 2 RVG), dass der Anwalt in Aussicht auf sein mögliches Honorar dennoch ein zur Erbringung der erforderlichen Arbeit hinreichendes Interesse am Fall hat. Das deutsche Kostenrecht verhindert damit die Entstehung besonders schwerwiegender Interessenkonflikte und dürfte somit zu Teilen auch für die USA ein interessantes Vorbild zur *contingent fee*-Regulierung darstellen.

## 2. Anwaltliche Übervorteilung des Rechtssuchenden

Von den Kritikern der *contingent fee* wird außerdem vorgebracht, dass der Anwalt das Informationsgefälle zwischen ihm und seinem Mandanten dazu ausnutzen könnte, den Mandanten von der Vereinbarung einer bestimmten *contingent fee* zu überzeugen, die dieser ansonsten nicht gewählt hätte.<sup>50</sup> Obwohl eine solche Übervorteilung sicher keine rein *contingent fee*-spezifische Erscheinung ist, ist diesem Einwand doch zuzugeben, dass die Vereinbarung einer *contingent fee* aufgrund ihrer beträchtlichen Höhe im Erfolgsfall vom Mandanten gut überlegt und damit umso mehr frei von Manipulation sein sollte.

Dieses Risiko wird von deutscher Seite im Hinblick auf das Erfolgshonorar allerdings durch § 4a II Nr. 1 RVG gemildert, wonach die Vereinbarung eine schriftliche Angabe der Höhe der voraussichtlichen gesetzlichen Vergütung enthalten muss. So ist es dem Mandanten zumindest im Ansatz

möglich, die Angemessenheit des Erfolgshonorars zu überprüfen und alternative Vergütungsformen in Betracht zu ziehen.<sup>51</sup>

Ein ähnlicher Nachteil der erfolgsbasierten Vergütung gegenüber einem Stundenlohn wird darin gesehen, dass der Mandant nicht *ex post* anhand der geleisteten Stunden die Angemessenheit der Erfolgsvergütung überprüfen kann.<sup>52</sup> Er ist vielmehr darauf angewiesen, auf den Anwalt zu vertrauen, der ihm diese Vergütungsform empfohlen hat, sodass erneut ein missbrauchsanfälliges Informationsgefälle entsteht. Doch schafft auch hier § 4a II Nr. 1 RVG Abhilfe, da die Angabe der voraussichtlichen gesetzlichen Vergütung eine Schätzung des Stundenaufwands durch den Anwalt voraussetzt,<sup>53</sup> anhand derer der Mandant die Angemessenheit der Vereinbarung später beurteilen und auf Grundlage dessen ggf. dagegen vorgehen kann.<sup>54</sup>

Zudem ist auf einen Vorteil hinzuweisen, der einer erfolgsbasierten Vergütung trotz des Risikos einer Übervorteilung immanent ist: Anders als etwa auf Grundlage eines Stundenlohns ist für den Mandanten von Anfang an erkennbar, welche Vergütung für welchen Erfolg an den Anwalt zu entrichten ist. *Contingent fee* und Erfolgshonorar bieten folglich eine erhebliche Kostensicherheit im laufenden Verfahren, mit denen beispielsweise Stundenlohn und Pauschalgebühr nicht aufwarten können.

Es handelt sich somit um weitere (teils erneut zu relativierende) Problematiken, die sich beim Erfolgshonorar weniger deutlich abzeichnen können, als im Fall einer *contingent fee*.

## 3. Unangemessen hohe Vergütungssätze

Die Höhe der im Erfolgsfall an den Anwalt zu entrichtenden Vergütung ist für viele ein weiterer Grund, sich gegen eine rechtliche Annäherung des Erfolgshonorars an die *contingent fee* auszusprechen. Indem die im Erfolgsfall an den Anwalt zu entrichtende Gebühr erheblich höher ist, als die Vergütung, die der Anwalt auf Basis eines Stundenlohns für die Bearbeitung desselben Falles erhalten hätte, wird vielfach angenommen, dass die Vereinbarung einer *contingent fee* zu unangemessen hohen Vergütungssätzen führt.<sup>55</sup> So werde der Anwalt für mehr bezahlt, als er tatsächlich leiste, wobei dem Mandanten ein erheblicher Teil des ihm von der Rechtsordnung zugewiesenen (Urteils-)Summe genommen werde.<sup>56</sup>

Diese Kritik lässt jedoch außer Acht, dass es bei der *contingent fee* nicht nur auf die Vergütung der anwaltlichen Arbeit ankommt, sondern gleichzeitig für die Übernahme des Kostenrisikos als zusätzliche Leistung bezahlt wird.<sup>57</sup> Der Anwalt

<sup>46</sup> Inselbuch, 64-SUM Law & Contemp. Probs. 2001, 175, 188.

<sup>47</sup> BVerfGE 117, 163, 178; Mnookin, 47 DePaul L. Rev. 1998, 363, 364.

<sup>48</sup> Gross, 47 DePaul L. Rev. 1998, 321, 337.

<sup>49</sup> Inselbuch, 64-SUM Law & Contemp. Probs. 2001, 175, 190.

<sup>50</sup> Jay, 2 Geo. L. E. 1989, 813, 819.

<sup>51</sup> Kilian, NJW 2008, 1905, 1908.

<sup>52</sup> Kilian, BB 2007, 1061, 1066.

<sup>53</sup> Teubel, in: Mayer/Kroiß (Fn. 16), § 4a Rn. 45.

<sup>54</sup> Kilian, NJW 2008, 1905, 1908.

<sup>55</sup> BVerfGE 117, 163, 184;

<sup>56</sup> Jay, 2 Geo. L. E. 1989, 813, 877.

<sup>57</sup> Ähnlich Inselbuch, 64-SUM Law & Contemp. Probs. 2001, 175, 187.

geht das Risiko ein, ein langes und aufwendiges Verfahren zu führen, abhängig von der Vereinbarung nach „amerikanischer Manier“ selbst sämtliche Prozesskosten seines Mandanten zu tragen, ohne jedoch dafür entlohnt zu werden.<sup>58</sup>

Dass die dem Kläger von der Rechtsordnung zugewiesene finanzielle Position dabei durch die Höhe der Vergütung beeinträchtigt wird, ist nicht zu bestreiten. Doch sind bekanntlich weder die anwaltliche Arbeit noch die Übernahme eines fremden Risikos umsonst. Zudem birgt jede Vergütungsform eine bestimmte Gefahr. So kann etwa ein Stundenlohn unter Umständen sogar die Erfolgssumme übersteigen.<sup>59</sup>

Freilich kommt der obsiegende Mandant durch die *contingent fee* faktisch für den von ihm nicht zu vertretenden, mangelnden Prozessserfolg anderer Mandate seines Anwalts auf, was zunächst seltsam anmuten mag. Der Mandant, der eine Übernahme des Prozessrisikos durch seinen Anwalt in Anspruch nehmen möchte, muss jedoch einsehen, dass dies dem Anwalt nur bei einer Streuung des Prozessrisikos über ein breites Portfolio an *contingent fee*-Fällen möglich ist.<sup>60</sup> Dass US-amerikanische Anwälte dabei häufig die üblichen Prozentsätze wählen, ohne ihre Angemessenheit anhand der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen,<sup>61</sup> trägt eher zur Unangemessenheit des Honorars im Einzelfall, nicht aber zu einer pauschalen Überhöhung bei. Denn der *contingent fee*-Anwalt erhält durchschnittlich nicht viel mehr als ein Anwalt, der auf Grundlage eines Stundenlohns tätig wird,<sup>62</sup> was zusätzlich gegen eine unangemessene Höhe der *contingent fee* spricht.

Wer vor diesem Hintergrund auf die deutschen Regelungen blickt, muss feststellen, dass das Erfolgshonorar als Einzelfallvergütung (vgl. § 4a I 1 RVG) dem Anwalt keine Möglichkeit der Risikostreuung bietet. Ob das deutsche Recht den Anwalt folglich dazu veranlasst, bei vollem Bewusstsein über das eigene Risiko dennoch ein besonders angemessenes Honorar zu vereinbaren, wagt die Verfasserin somit zu bezweifeln. Immerhin ist die Übernahme eines anwaltlichen Kostenrisikos durch § 4a I 2, III 2 RVG begrenzt und beugt so intensiveren Interessenkonflikten bei der Festlegung eines angemessenen Erfolgshonorars vor.

## II. Im gesamtprozessualen Kontext

### 1. Gefährdung der prozessualen Waffengleichheit

Als eine der wesentlichen Vorbehalte von deutscher Seite steht die Beeinträchtigung der prozessualen Waffengleichheit häufig im Zentrum der Debatte um *contingent fee* und Erfolgshonorar.<sup>63</sup> Zwar ist es sowohl dem Kläger als auch dem Beklagten möglich, die Anwaltsvergütung unter der aufschiebenden Bedingung eines bestimmten Prozessserfolgs zu vereinbaren.<sup>64</sup> Der entscheidende Vorteil, seinen Anwalt vollständig mit dem bezahlen zu können, was im Prozess erlangt wird, kommt jedoch nur dem Kläger zu.<sup>65</sup> Der Beklagte kann im Prozess lediglich die drohende Zahlung eines Geldbetrags abwenden und erhält damit anders als der Kläger keine Mittel zur Finanzierung seiner Anwaltskosten.<sup>66</sup> Dieses Problem zeichnet sich besonders deutlich im Geltungsbereich der *American Rule* ab, wo dem Beklagten anders als in Deutschland (vgl. § 91 I 1 ZPO) nicht einmal

im Nachhinein die notwendigen Anwaltskosten bei Obsiegen erstattet werden.

Dennoch hängt es vom konkret betrachteten Szenario ab, ob eine erfolgsbasierte Klägeranwaltsvergütung die Waffengleichheit beeinträchtigt. Indem ein *contingent fee*-Kläger in den USA meistens einem durch einen Versicherer finanzierten Beklagten gegenübersteht, wird die *contingent fee* in den USA vielfach sogar als Mittel zur Gewährleistung einer gleichen finanziellen Stärke beider Parteien im Prozess angesehen.<sup>67</sup> Zwar mag dies nur für die <10% der US-Fälle gelten, die tatsächlich vor Gericht gebracht werden, während die Mehrzahl der Fälle durch einen Vergleich beendet werden,<sup>68</sup> was nicht zuletzt das Ergebnis eines Ungleichgewichts finanzieller Mittel sein wird. Doch begünstigt die *contingent fee* damit dennoch die Waffengleichheit in bestimmten Szenarien.

Warum also nur die erfolgsbasierte Klägeranwaltsvergütung, nicht aber Rechtsschutzversicherungen oder auch gewerbliche Prozessfinanzierungen als Beeinträchtigung der prozessualen Waffengleichheit angeprangert werden, ist unklar.<sup>69</sup> Zwar mag eingewandt werden, dass zumindest die Versicherung unabhängig von einem Prozesssieg gesondert bezahlt werden muss und damit keinen typischen Klägervorteil darstellt. Das ändert jedoch nichts daran, dass die Partei, die nicht in der Lage ist, einen Rechtsschutzversicherungsbeitrag zu leisten, damit einen Nachteil im Zivilprozess erfährt.<sup>70</sup> Alle drei Formen der Prozessfinanzierung können abhängig von den Umständen des Falles zu einer prozessualen Gleichheit wie auch Ungleichheit der Parteien beitragen. Dass gleichwohl nur die anwaltliche Prozessfinanzierung nach deutschem Recht untersagt ist (vgl. § 4a III 2 RVG), während die gewerblichen Prozessfinanzierungen sowie Rechtsschutzversicherungen keine Begrenzung erfahren haben, ist nicht verständlich.<sup>71</sup>

Im Ergebnis stellen die *contingent fee* und – trotz § 4a III 2 RVG immerhin in begrenztem Maß – das Erfolgshonorar dennoch zumindest regelmäßig eine nicht zu unterschätzende Gefahr für die prozessuale Waffengleichheit dar. Doch ist auch zu bedenken, dass die fehlende Möglichkeit eine erfolgsbasierte Vergütung zu vereinbaren angesichts eines finanziell abgesicherten Gegners und gerade in den USA, wo die *contingent fee* gewissermaßen als Prozesskostenhilfesubstitut fungiert, in vielen Fällen dazu führen würde, dass es nicht erst zu einem Prozess kommt.<sup>72</sup> Eine beeinträchtigte prozessuale Waffengleichheit wäre dann freilich nicht erst zu beklagen.

<sup>58</sup> Inselbuch, 64-SUM Law & Contemp. Probs. 2001, 175, 184.

<sup>59</sup> Jay, 2 Geo. L. E. 1989, 813, 815.

<sup>60</sup> Hyde, 26 Int'l Rev. L. & Econ. 2006, 180, 186.

<sup>61</sup> Kilian, VersR 2006, 751, 759; Hensler (Fn. 11), S. 540.

<sup>62</sup> Kritzer, 47 DePaul L. Rev. 1998, 267, 302.

<sup>63</sup> BVerfGE 117, 163, 185.

<sup>64</sup> Kilian, VersR 2006, 751, 753.

<sup>65</sup> Towns, WIPO 1/2010 (Link).

<sup>66</sup> Grossfeld, RabelsZ 39 1975, 5, 25.

<sup>67</sup> Mnookin, 47 DePaul L. Rev. 1998, 363, 365.

<sup>68</sup> Mnookin, 47 DePaul L. Rev. 1998, 363, 364.

<sup>69</sup> Kilian, BB 2007, 1061, 1063.

<sup>70</sup> Gross, 47 DePaul L. Rev. 1998, 321, 331.

<sup>71</sup> Kilian, BB 2007, 1061, 1063.

<sup>72</sup> Gross, 47 DePaul L. Rev. 1998, 321, 342.

## 2. Herbeiführen einer Prozessflut

Weit verbreitet ist zudem die Annahme, dass die *contingent fee* die Führung wenig aussichtsreicher Prozesse begünstige.<sup>73</sup> Das fehlende bzw. geringe eigene finanzielle Risiko des Rechtssuchenden, so die Kritik, lade zu einer Prozessführung ein, deren Finanzierung durch wohlhabende Kanzleien einer unökonomischen Prozessführung Tür und Tor öffne.<sup>74</sup>

Diese Ansicht verkennt jedoch, dass die Verlagerung des Risikos auf den Anwalt nicht dazu führt, dass keine Bewertung der Erfolgsaussichten mehr erfolgt. So mag zwar das Risiko den Mandanten nicht mehr betreffen, doch wird der wirtschaftlich denkende Anwalt wohl keinen aussichtslosen Prozess auf eigenes Risiko führen.<sup>75</sup> Vielmehr bewirkt die Risikoübertragung auf den Anwalt, dass dieser die finale Entscheidung über die Prozessführung vornehmlich im eigenen wirtschaftlichen Interesse treffen wird, sodass im Ergebnis nur die Prozesse eingegangen werden, die hinreichend erfolversprechend sind.<sup>76</sup> Dass die Entscheidung damit durch den Anwalt anstelle des rechtsunkundigen Mandanten getroffen wird, führt zudem zu einer zutreffenderen Prognose der Erfolgsaussichten,<sup>77</sup> was für eine besonders ökonomische Prozessführung auf Grundlage der *contingent fee* spricht.

Hiergegen wird mitunter eingewandt, dass Kanzleien zuweilen dennoch wenig erfolversprechende Prozesse eingehen, um die Gegenseite durch den Druck eines laufenden Verfahrens zu einem Vergleich zu bewegen.<sup>78</sup> Doch könnte sich diese prozessualen Nebenerscheinungen in Deutschland bedingt durch das übrige Kostenrecht gar nicht erst einstellen. Indem § 4a III 2 RVG nicht die Übernahme der übrigen Prozesskosten durch den Anwalt zulässt und der Mandant für den Fall des Unterliegens nach § 91 I 1 ZPO zudem für die notwendigen Prozesskosten der anderen Partei aufkommen müsste, bleibt dem Mandanten ein beträchtliches Risiko.<sup>79</sup> Gleichzeitig bietet § 91 I 1 ZPO dem siegesgewissen Gegner wenig Anlass, sich auf einen Prozessvergleich einzulassen.<sup>80</sup> Im Hinblick darauf wird der Rechtssuchende kaum geneigt sein, einen aussichtslosen Prozess oder Vergleich anzustrengen – ein Resultat, welches bedingt durch die *American Rule* sowie der anwaltlichen Prozessfinanzierung mittels *contingent fee* nicht entstanden wäre.

## III. Zwischenergebnis

Die Kritik, die häufig an den Formen der erfolgsbasierten Anwaltsvergütung geübt wird, ist damit erheblich zu relativieren. Zudem ist bemerkenswert, dass viele der negativen Auswirkungen der *contingent fee* auf den US-amerikanischen Zivilprozess sich in Deutschland bedingt durch das Erfolgshonorar nicht (ebenso intensiv) einstellen können, sodass eine „Amerikanisierung“ des Prozessrechts nicht zu besorgen ist. Sollte das Erfolgshonorar der *contingent fee* insoweit angenähert werden, dass es – anders als § 4a I 1 RVG verlangt – nicht nur im Einzelfall und auch mit dem lediglich risikoscheuen Rechtssuchenden vereinbart werden darf, wäre noch stets keine solche „Amerikanisierung“ zu erwarten. Das ist auf zweierlei zurückzuführen: Zum einen schafft das deutsche Kostenrecht ein Umfeld, welches eine stärkere rechtliche Begrenzung des Erfolgshonorars zulässt, indem die Kombination aus Prozesskostenhilfe (vgl. §§ 114 ff. ZPO)

und dem Grundsatz des § 91 I 1 ZPO bei gleichzeitigem Bestehen einer Gebührenordnung den Bedarf nach einer erfolgsbasierten Vergütung reduziert. Zum anderen werden ungewollte Auswirkungen des Erfolgshonorars durch den Regelungskatalog des § 4a RVG verhindert bzw. reduziert. Besonders hervorzuheben ist dabei § 4a III 2 RVG, der als „Allzweckwaffe“ gegen anwaltliche Interessenkonflikte, die Übervorteilung des Mandanten, die Gefährdung der prozessualen Waffengleichheit sowie die Absicht sinnloser Prozessführung durch den Mandanten wirkt. Das deutsche Recht weist somit einen grundsätzlich ansprechenden Ansatz zur Begegnung der dargestellten Probleme einer erfolgsbasierten Anwaltsvergütung auf.

## D. Schlussfolgerung

Zwar sind die Vorteile der *contingent fee* insbesondere aufgrund des vergleichsweise geringen Bedarfs nach einer erfolgsbasierten Vergütung in Deutschland nicht hinreichend lohnenswert, um dafür die aufgezeigten Nachteile in Kauf zu nehmen. Eine geringe Vorbildfunktion kommt dem US-amerikanischen Regelungsmodell auf Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse jedoch zu:

Wie der Vergleich beider Systeme zeigt, kann die Aufhebung der Einzelfallregelung in § 4a I 1 RVG die Angemessenheit des Honorars begünstigen. Unter strenger Beibehaltung der übrigen Anforderungen, insbesondere der genauen Beurteilung der Notwendigkeit eines solchen Erfolgshonorars, dürften so nur mehr Erfolgshonorare durch einen Anwalt, nicht aber mehr Erfolgshonorare verteilt über den gesamten Rechtsmarkt vereinbart werden. So würden manche Anwälte gleich mehrere Fälle auf Grundlage eines Erfolgshonorars bearbeiten können, was ihnen eine Risikostreuung und damit Preissenkung trotz Beachtung des § 49 I 1 BRAO i.V.m. § 4a I 2 RVG ermöglicht, während andere Anwälte aufgrund der begrenzten zulässigen Nachfrage für eine andere Vergütungsform arbeiten würden. Dem Mandanten bliebe so – anders als vielfach befürchtet – die Wahl, wie er, sofern er die übrigen Anforderungen des § 4a I 1 RVG erfüllt, vergüten möchte, wobei der Anwalt in der Lage ist, ihm ein mandantenfreundliches Erfolgshonorar anzubieten. Eine Aufhebung des Einzelfallgrundsatzes lässt bei strenger Beachtung der übrigen Voraussetzungen folglich nur Vorteile erwarten und ist somit zu empfehlen.

Schließlich sollte den wertungswidersprüchlichen Bemühungen um eine prozessuale Waffengleichheit rechtliche Beachtung geschenkt werden. Zwar ist die Begrenzung der anwaltlichen Prozessfinanzierung durch § 4a III 2 RVG wie bereits erläutert nicht einschränkungslos zu empfehlen. Sollte eine konsequente Durchsetzung der prozessualen Waffengleichheit in den durch § 4a III 2 RVG bedachten Konstellationen vom Gesetzgeber erwünscht sein, ist allerdings eine strengere Regu-

<sup>73</sup> Neufang (Fn. 3), S. 2-3.

<sup>74</sup> Gross, 47 DePaul L. Rev. 1998, 321, 341.

<sup>75</sup> BVerfGE 117, 163, 186.

<sup>76</sup> BVerfGE 117, 163, 186.

<sup>77</sup> Miceli, 23 J. Legal Stud. 1994, 211, 212.

<sup>78</sup> Miceli, 23 J. Legal Stud. 1994, 211, 212.

<sup>79</sup> Kilian; NJW 2010, 1845, 1846, 1848.

<sup>80</sup> Wilke, ZJS 4/2014, 365, 366.



lierung von Prozessversicherungen und gewerblichen Prozessfinanzierers zu erwägen, damit diese nicht an die Stelle der anwaltlichen Prozessfinanzierung treten und die Waffen-gleichheit beeinträchtigen.

Im Ergebnis mag die deutsche Handhabe des Kostenrechts somit noch zu verbessern sein. Der Vergleich zweier so gegenläufiger Regelungssysteme hat jedoch gezeigt, dass es der Ansatz des deutschen Kostenrechts ist, den es zu verfolgen gilt.

Laura Felicia Vogt\*

# Class Actions im Civil Law

## Ist die Musterfeststellungsklage die Antwort?

### A. Einleitung

Schreckgespenst oder Schutzschild? Während Verbraucherverbände in Sammelklagen häufig ein Instrument zur Durchsetzung von Masseninteressen sehen, läuft die Wirtschaft Sturm.<sup>1</sup> Zu sehr fürchtet man sich vor amerikanischen *class actions*, die mit horrenden Schadensersatzforderungen und kostspieligen Verfahren verbunden werden.

Die Hauptproblematik stellen Bagatellschäden dar. Sofern der Aufwand und die Kosten der Rechtsverfolgung den Nutzen übersteigen, neigen viele Verbraucher zu einem „rationalen Desinteresse“<sup>2</sup>, das sie von der Verfolgung ihrer Ansprüche abhält und so Rechtsverstöße von Unternehmen belohnt.<sup>3</sup> 2011 gaben in einer Studie der Europäischen Kommission jedoch 79 % der Teilnehmer an, eher bereit zu sein, zu klagen, sofern sie dies in einem kollektiven Verfahren tun könnten.<sup>4</sup> Aktuell wird im Rahmen der VW-Diesellaffäre<sup>5</sup> die bestehende Lücke im kollektiven Rechtsschutz in Deutschland durch private Rechtsdienstleister wie myright.de<sup>6</sup> gefüllt – dabei stellt sich die Frage: Was ist die Perspektive im kollektiven Verbraucherrechtsschutz in Deutschland?

### B. Definition der *class action* – Sammelklage

Die amerikanische *class action* lässt sich im Deutschen als Gruppenklage oder Sammelklage bezeichnen.<sup>7</sup> Die Sammelklage ist dadurch gekennzeichnet, dass Ansprüche einzelner Verbraucher gemeinsam geltend gemacht werden.<sup>8</sup> Es divergieren jedoch die Zusammensetzung der Klägergruppe und die Klagebefugnisse.

#### I. *Opt in-* und *opt out-*Verfahren

##### 1. *Opt in*

Bei einem *opt in*-Verfahren muss jeder Einzelne der klagenden Gruppe aktiv beitreten<sup>9</sup> und das Urteil entfaltet nur subjektiv Rechtskraft gegenüber den Beteiligten.<sup>10</sup> Es sind jedoch präjudizielle Bindungswirkungen denkbar.<sup>11</sup> In diesem Fall sind umfangreiche Maßnahmen für die betroffene Gruppe notwendig, um diese zu informieren und zum Beitritt zu animieren.

##### 2. *Opt out*

Demgegenüber steht das *opt out*-Verfahren, bekannt aus den USA, wobei zunächst anhand von Merkmalen die Gruppe definiert wird, die von der Klage erfasst werden soll.<sup>12</sup> Im Anschluss wird diese Gruppe auf geeigneten Kanälen informiert und jedes Gruppenmitglied wird, soweit es nicht aktiv aus der Gruppe austritt, Teil des Prozesses.<sup>13</sup> *Opt out*-Verfahren haben den Vorteil, dass von Anfang an Druck gegenüber den Unternehmen aufgebaut werden kann.<sup>14</sup> Jedoch besteht die Gefahr, dass verfassungsrechtliche Grundsätze, etwa der

Anspruch auf rechtliches Gehör, verletzt werden, da Einzelne Partei eines Verfahrens werden können, ohne davon Kenntnis zu haben.<sup>15</sup>

### II. Klagebefugnis

Unterschiede ergeben sich auch in der Klagebefugnis zur Geltendmachung einer Maßnahme des kollektiven Rechtsschutzes: Manche Jurisdiktionen schränken die Klagebefugnis auf Verbände, Behörden und andere zugelassene Einrichtungen ein.<sup>16</sup> Andere lassen auch eine Klagebefugnis für Einzelpersonen zu.

### C. Empfehlung der EU-Kommission

Nach einem Grünbuch 2008<sup>17</sup> und einem gescheiterten Versuch, kollektiven Rechtsschutz im Rahmen einer Verordnung zu regeln, hat die Europäische Kommission 2013 die

\* Die Autorin ist Studentin der Bucerius Law School, Hamburg.

<sup>1</sup> Bundesverband der deutschen Industrie e.V., Missbrauchsgefahr durch Sammelklagen verhindern, Berlin 2017.

<sup>2</sup> Alexander, JuS 2009, 590 (590).

<sup>3</sup> Vgl. Buchner, Kollektiver Rechtsschutz für Verbraucher in Europa, 2015, S. 33.

<sup>4</sup> Europäische Kommission, Flash Eurobarometer: Consumer Attitudes towards Cross-Border Trade and Consumer Protection, Brüssel 2011, S. 55.

<sup>5</sup> Vgl. z.B. Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Deutschland muss Gruppenklage einführen, Berlin 2015.

<sup>6</sup> <https://www.myright.de/> (zuletzt abgerufen am: 10.11.2017).

<sup>7</sup> Collin/Janssen/Kornmüller/Livesey, PONS Fachwörterbuch Recht, 2005, S. 57 - *class action*. Teilweise werden die Klage durch eine Einrichtung als Sammelklage und die Klage durch eine vertretende Einzelperson als Gruppenklagen bezeichnet. Da die Terminologie jedoch nicht einheitlich ist, werden im Folgenden unter dem Begriff der Sammelklage beide Klageberechtigungen erfasst.

<sup>8</sup> Buchner (Fn. 3), S. 42; Stadler, in: Micklitz (Hrsg.), Verbraucherrecht in Deutschland – Stand und Perspektiven, 2005, S. 327.

<sup>9</sup> Buchner (Fn. 3), S. 42; Wagner, in: Caspar/Janssen/Pohlmann/Schulze (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, 2009, S. 68.

<sup>10</sup> Buchner (Fn. 3), S. 42.

<sup>11</sup> Vgl. Baart, Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2013, 489, 492.

<sup>12</sup> Behrendt/Freiin von Enzberg, RIW 2014, 253 (254).

<sup>13</sup> Behrendt/Freiin von Enzberg, RIW 2014, 253 (254) unter Verweis auf Rule 23 FRCP; Buchner (Fn. 3), S. 43; Stadler (Fn. 8), S. 333, 334.

<sup>14</sup> Behrendt/Freiin von Enzberg, RIW 2014, 253, 254.

<sup>15</sup> Vgl. Stadler, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW) 2015, 61, 64; zum Eingriff in das Grundrecht auf faires Verfahren eingehend: Wendlandt, Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS) 2012, 161, 165.

<sup>16</sup> Hier sind insbesondere Frankreich mit der *action de groupe* (s.u.) und Spanien mit der *acción colectiva*, die im *Ley de Enjuiciamiento Civil* geregelt ist, zu nennen.

<sup>17</sup> Grünbuch KOM (2008) 94 der Europäischen Kommission vom 27.11.2008 über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher.

Empfehlung 2013/396/EU<sup>18</sup> veröffentlicht, um die kollektive Rechtsdurchsetzung im Verbraucherschutz-, Wettbewerbs- und Umweltschutzrecht zu fördern.<sup>19</sup> Mechanismen der kollektiven Rechtsdurchsetzung sollen dazu dienen, die Verletzung von Unionsrecht zu ahnden<sup>20</sup> und den Zugang zur Justiz zu vereinfachen.<sup>21</sup>

## I. Inhalt der Empfehlung

Klagebefugt sollen Vertreterorganisationen, Behörden, ad hoc zugelassene Institutionen<sup>22</sup> und Einzelpersonen<sup>23</sup> sein. Die Vertreterorganisationen müssen nachweisen, dass sie gemeinnützig handeln, ein hinreichender, inhaltlicher Bezug zur Sache besteht und sie über hinreichende finanzielle und ideelle Ressourcen verfügen.<sup>24</sup>

Die Kommission empfiehlt ein *opt in*-Verfahren, wobei bis zur Verkündung des endgültigen Urteils Verbraucher der Klagepartei noch bei- oder austreten können.<sup>25</sup> Gleichzeitig sollen geeignete Informationskanäle, etwa Klageregister, geschaffen werden, um die Klägergruppe über die Vorhaben zu informieren.<sup>26</sup>

Weitergehend spricht sich die Kommission für das *loser pays-principle* aus, um leichtfertig erhobene Klagen zu verhindern.<sup>27</sup> Weder Erfolgshonorare, noch Strafschadensersatzzahlungen sollen zulässig sein.<sup>28</sup>

## II. Kritik

### 1. Klagebefugnis

Zu den Hauptkritikpunkten zählte das *opt in*-Prinzip: Das Problem des „rationalen Desinteresses“<sup>29</sup> an kollektiven Verfahren mit niedrigeren Einzelstreitwerten besteht immer fort, sofern eine Anmeldung und ein Beitritt zum Prozess notwendig ist<sup>30</sup> und beeinträchtigt so die Effektivität der Verfahren.<sup>31</sup>

Schließlich bestehen Bedenken gegenüber den klagebefugten Verbänden: Da diesen bei einer Verbandsklagebefugnis die Rechtsdurchsetzungskompetenz übertragen wird, müssen die Mitgliedsstaaten dafür Sorge tragen, dass die Verbände hinreichend fachlich und organisatorisch qualifiziert sind.<sup>32</sup>

### 2. Aufwand und Kosten

Weitergehend wird kritisiert, dass die Verordnung wenige Regelungen bezüglich der Kostentragungspflichten enthält.<sup>33</sup> Unklar ist auch, wie Prozess- und Anwaltskosten auf die Gruppenmitglieder aufzuteilen sind. Dieses Problem wird auch dadurch verschärft, dass die Empfehlung eine lange Ausstiegsmöglichkeit für die Gruppenteilnehmer bietet.<sup>34</sup>

Weiterhin könnte das *loser pays-principle* das „rationale Desinteresse“<sup>35</sup> vergrößern, da den Verbrauchern Prozesskosten drohen, die insbesondere bei Bagateltschäden abschreckend wirken können.<sup>36</sup>

Bei einer Verbandsklagebefugnis ist zudem ungeklärt, ob die Verbände ihre Kosten erstattet bekommen, um den Aufwand der Organisation einer Sammelklage auszugleichen.<sup>37</sup> Dieser

Aufwand wird durch die *opt in*-Teilnahme erhöht, da der Prozess den Gruppenmitglieder aufwendig bekannt zu machen ist.<sup>38</sup>

## 3. Grenzüberschreitende Fälle

Schließlich wird bemängelt, dass die Empfehlung keine Regelungen für Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug enthält. So ist unklar, welches Gericht zuständig ist, wenn Verbraucher aus verschiedenen Mitgliedsstaaten gemeinsam klagen möchten.<sup>39</sup> Man könnte erwägen, allein das Gericht am Sitz des Beklagten für zuständig zu erklären<sup>40</sup> – dies wäre jedoch ein Widerspruch zu dem Verbrauchergerichtsstand in Art. 16 EuGVVO.<sup>41</sup> Bei Verbandsklagebefugnissen ist weitergehend fraglich, inwieweit die Verbände dazu befugt und gewillt sind, ausländische Verbraucher zu vertreten.<sup>42</sup>

## D. Regelungsbeispiele aus dem *civil law*

Maßnahmen des kollektiven Rechtsschutzes sind in Europa in verschiedenem Ausmaß präsent. Im Folgenden sollen die aktuellen Regelungen in Deutschland, Schweden und Frankreich vorgestellt werden. Frankreich und Schweden eignen sich insofern für eine rechtsvergleichende Analyse, als dass in beiden Systemen innovative Regelungen im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes gefunden wurden.

<sup>18</sup> Empfehlung 2013/396/EU der Europäischen Kommission vom 11.06.2013: Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedsstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU Nr. L 201.

<sup>19</sup> vgl. Empfehlung 2013/396/EU (Fn. 18), S. 60 EW (7).

<sup>20</sup> vgl. Empfehlung 2013/396/EU (Fn. 18), S. 60 EW (6).

<sup>21</sup> vgl. Empfehlung 2013/396/EU (Fn. 18), S. 61 EW (10).

<sup>22</sup> vgl. Empfehlung 2013/396/EU (Fn. 18), S. 62, 63.

<sup>23</sup> vgl. Empfehlung 2013/396/EU (Fn. 18), S. 61 EW (17).

<sup>24</sup> vgl. Empfehlung 2013/396/EU (Fn. 18), S. 62.

<sup>25</sup> vgl. Empfehlung 2013/396/EU (Fn. 18), S. 64.

<sup>26</sup> vgl. Empfehlung 2013/396/EU (Fn. 18), S. 63.

<sup>27</sup> vgl. Empfehlung 2013/396/EU (Fn. 18), S. 63.

<sup>28</sup> vgl. Empfehlung 2013/396/EU (Fn. 18), S. 64, 65.

<sup>29</sup> Alexander, JuS 2009, 590.

<sup>30</sup> Stadler, Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht (euвр) 2014, 80, 83.

<sup>31</sup> Baart, NIPR 2013, 489, 496; Delatre, Competition Law Review (Comp. L. R.) Vol. 8 2011, 30, 46.

<sup>32</sup> Stadler, euвр 2014, 80, 85.

<sup>33</sup> Behrendt/Freii von Enzberg, RIW 2014, 253, 258; Deutmoser, EuZW 2013, 652, 655.

<sup>34</sup> Behrendt/Freii von Enzberg, RIW 2014, 253, 258.

<sup>35</sup> Alexander, JuS 2009, 590.

<sup>36</sup> Buchner (Fn. 3), S. 106.

<sup>37</sup> Behrendt/Freii von Enzberg, RIW 2014, 253, 258; Tamm, EuZW 2009, 439, 442.

<sup>38</sup> Baart, NIPR 2013, 489, 497.

<sup>39</sup> Vgl. Behrendt/Freii von Enzberg, RIW 2014, 253, 259; Deutmoser, EuZW 2013, 652, 655; Stadler, ZfPW 2015, 61, 79.

<sup>40</sup> Deutmoser, EuZW 2013, 652, 655; Stadler, ZfPW 2015, 61, 79; Wendt, EuZW 2011, 616, 622.

<sup>41</sup> Behrendt/Freii von Enzberg, RIW 2014, 253, 259.

<sup>42</sup> Stadler, ZfPW 2015, 61, 79.



## I. Deutschland

### 1. Abtretung (§ 398 ff. BGB)

Während bei der Abtretung die Ansprüche mit materiellrechtlicher Wirkung bei einer Person zusammengezogen werden,<sup>43</sup> behält in der Sammelklage jeder Einzelne seinen eigenen Anspruch. Die Klage wird auch nicht im Namen der Gruppe, sondern der Einzelperson erhoben.<sup>44</sup>

### 2. Streitgenossenschaft (§ 59, 60 ZPO)

Gemäß §§ 59, 60 ZPO können sich Kläger zu einer einfachen Streitgenossenschaft zusammenschließen. Dabei ist die notwendige Gleichartigkeit der Ansprüche weit auszulegen<sup>45</sup> und umfasst auch Ansprüche gegen den gleichen Beklagten aus gleichen Verträgen oder dem gleichen Schadensereignis.<sup>46</sup> Jedoch bestehen auch in der Streitgenossenschaft selbstständige Prozessrechtsverhältnisse zwischen den einzelnen Klägern und den Beklagten, sodass verschiedene Urteile gefällt werden können<sup>47</sup> und die Wirkungen der Streitgenossenschaft größtenteils praktischer Natur sind.

Damit erlaubt die Streitgenossenschaft ein kollektives Vorgehen gegen einen Beklagten und ermöglicht eine erleichterte, gemeinsame Durchführung des Verfahrens.<sup>48</sup> Jedoch müssen die Geschädigten voneinander wissen und sich gegenseitig informieren können.<sup>49</sup> Somit ist die Entstehung einer Streitgenossenschaft häufig vom Zufall abhängig.<sup>50</sup>

### 3. Verfahrensverbindung (§ 147 ZPO)

Durch eine Verfahrensverbindung gemäß § 147 ZPO kann ein Gericht für mehrere anhängige Verfahren, die in einem rechtlichen Zusammenhang stehen, die gemeinsame Behandlung der Klagen anordnen. Die Beteiligten werden dadurch Streitgenossen (vgl. § 59, 60 ZPO).<sup>51</sup> Die Entscheidung über die Verfahrensverbindung ist vom Ermessen des Gerichts abhängig und kann sich nur auf die beim selben Gericht anhängigen Klagen beziehen.<sup>52</sup> Daher ist die praktische Wirkung von § 147 ZPO begrenzt.<sup>53</sup>

### 4. Verbandsklagerecht

Die bekannteste Maßnahme des kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland ist das Verbandsklagerecht. Dabei sind insbesondere der Gewinnabschöpfungsanspruch aus dem UWG und der Unterlassungsanspruch aus dem UKlaG von Bedeutung. Bei beiden Klagen liegt der relevante Unterschied gegenüber einer Sammelklage darin, dass die Verbandsklage nicht der Durchsetzung subjektiver Interessen dient, sondern objektive Interessen schützen soll.<sup>54</sup> So kann nach § 10 I UWG die Herausgabe des Gewinns, der durch eine vorsätzliche, unzulässige geschäftliche Handlung und auf Kosten der Verbraucher erlangt wurde, an den Bundeshaushalt verlangt werden. Nach § 1 UKlaG kann die Unterlassung der Verwendung unwirksamer AGB erreicht werden.

## 5. Musterverfahren

Musterprozesse mit Bindungswirkung existieren derzeit lediglich für kapitalmarktrechtliche Streitigkeiten (KapMuG).<sup>55</sup> In anderen Rechtsgebieten können die Parteien vor Erhebung der Klage oder nachträglich<sup>56</sup> eine Musterprozessvereinbarung schließen, wonach ein Urteil kraft vertraglicher Einigung auch in den gleichgelagerten Fällen gelten soll.<sup>57</sup>

Prinzipiell bietet eine solche Musterprozessabrede somit eine Möglichkeit, eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle einheitlich und kostengünstig zu entscheiden,<sup>58</sup> jedoch dürfte der Abschluss einer solchen Abrede im Regelfall problembehaftet sein.<sup>59</sup> Eine solche Abrede stellt für den Beklagten ein hohes Risiko an weiteren Verpflichtungen dar, weshalb dieser sich regelmäßig nicht auf eine solche Vereinbarung einlassen wird.<sup>60</sup> Zudem kann es schwierig sein, alle Geschädigten in einer Abrede zu erfassen.<sup>61</sup>

## 6. Verbraucherverbände nach RDG

Zuletzt ist es gemäß § 8 I Nr. 4 RDG i.V.m. § 79 II 2 Nr. 3 ZPO Verbrauchern möglich, Verbraucherverbände mit der prozessualen Geltendmachung ihrer Ansprüche zu beauftragen.<sup>62</sup> Jedoch ist die Relevanz der Norm dadurch begrenzt, dass die Vertretungsbefugnis lediglich vor den Amtsgerichten gilt.<sup>63</sup>

<sup>43</sup> Vgl. Roth/Kieninger, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limpberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil<sup>7</sup>, 2016, § 398 Rn. 91.

<sup>44</sup> Wendtland, ZEuS 161, 163.

<sup>45</sup> BGH, NJW 1975, 1228; BGH, BeckRS 2013, 09526; Weth, in: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar<sup>14</sup>, 2017, § 60 Rn. 10 mit weiteren Nachweisen.

<sup>46</sup> BGH, NJW 1975, 1228; 1986, 3209; Weth, in: Musielak/Voit (Fn. 45), § 60 Rn. 10.

<sup>47</sup> Vgl. Dressler, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar ZPO<sup>24</sup>, 2017, § 59 Rn. 1; Weth, in: Musielak/Voit (Fn. 45), § 61 Rn. 7.

<sup>48</sup> Stadler, in: Brönneke (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeßrecht, 2001, S. 5.

<sup>49</sup> Buchner (Fn. 3), S. 75.

<sup>50</sup> Stadler (Fn. 48), S. 5.

<sup>51</sup> Wendtland, in: BeckOK ZPO (Fn. 47), § 147 Rn. 5.

<sup>52</sup> Stadler, in: Musielak/Voit (Fn. 45), § 147 Rn. 2,3; Wendtland, in: BeckOK ZPO (Fn. 47), § 147 Rn. 2.

<sup>53</sup> Buchner (Fn. 3), S. 76.

<sup>54</sup> Greger, Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP) 113 (2000), 399; zum UWG: vgl. Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drs. 15/1487, S. 23 f.

<sup>55</sup> Alexander, JuS 2009, 590, 592, zu dem Verfahren nach dem KapMuG ausführlich: E. I.

<sup>56</sup> Gottwald, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung – Band 3<sup>4</sup>, 2013, § 325 ZPO Rn. 95 mwN.

<sup>57</sup> Kocher, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht – Rechtliches Umfeld / Vertragstypen / Rechtsdurchsetzung<sup>2</sup>, 2016, Gruppenklagen etc., Rn. 7.

<sup>58</sup> Heitzig, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz als Lösung zur Bewältigung von Massenverfahren, 2010, S. 65.

<sup>59</sup> Buchner (Fn. 3), S. 89; Reuschle, WM 2004, 966, 969; Stadler (Fn. 8), S. 7, 8.

<sup>60</sup> Stadler (Fn. 48), S. 7 - 8.

<sup>61</sup> Buchner (Fn. 3), S. 89; Reuschle, WM 2004, 966, 969.

<sup>62</sup> Schmidt, in: Krenzler (Hrsg.), Rechtsdienstleistungsgesetz, 2010, § 8 RDG Rn. 59; Stadler, in: FS E. Schumann, S. 465, 475.

<sup>63</sup> Behrendt/von Enzberg, RIW 2014, 253, 257.

## 7. Zwischenergebnis

Im Ergebnis zeigt sich, dass in Deutschland bereits eine Vielzahl an Möglichkeiten zum kollektiven Rechtsschutz existiert, jedoch keine Sammelklage. Bei der Bewältigung von Massenschadensfällen kommen alle Instrumente organisatorisch oder aufgrund ihres Anwendungsbereiches an ihre Grenzen.

## II. Schweden

Schweden war 2002 mit dem *lag om grupprättegång* (GrL) die erste Jurisdiktion der Europäischen Union, die eine Sammelklage eingeführt hat.<sup>64</sup> Ziel war es, den effektiven, prozessualen Rechtsschutz zu stärken und das Ungleichgewicht zwischen den Parteien zu reduzieren.<sup>65</sup>

### 1. Rechtslage

Eine Sammelklage gemäß § 1 GrL<sup>66</sup> beschreibt eine Klage, bei der der Kläger als Vertreter einer Gruppe auftritt. Dabei handelt es sich nicht um eine Prozessstandschaft oder Prozessbevollmächtigung.<sup>67</sup> Das GrL weist viele Ähnlichkeiten mit der Empfehlung 2013/396/EU (Fn. 18) auf: So ist das GrL in der Klagebefugnis sehr großzügig<sup>68</sup> und berechtigt einzelne Anspruchsinhaber (vgl. § 4 GrL), Verbände (vgl. § 5 GrL)<sup>69</sup> und Behörden (vgl. § 6 GrL)<sup>70</sup>.

Schweden hat sich für ein *opt in*-Verfahren entschieden.<sup>71</sup> Gemäß § 14 GrL muss jedes Mitglied der definierten Gruppe seine Teilnahme dem zuständigen Gericht innerhalb einer bestimmten Frist melden.<sup>72</sup> Anders als in der Empfehlung vorgesehen, ist ein Austritt nach Erhebung der Klage nur erschwert und verbunden mit hohen Kosten möglich.<sup>73</sup>

Sofern die Sammelklage als geeignetste Prozessform (vgl. § 8 GrL)<sup>74</sup> erscheint, kann gemäß § 2 GrL jeder Anspruch, der auch bei ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden könnte, in Form einer Sammelklage geltend gemacht werden (gemäß § 8 GrL).

Außerdem bietet das schwedische Recht die Möglichkeit, Erfolgshonorare in Form eines „Risikovertrages“ (vgl. § 38 GrL) für den vertretenden Anwalt zu vereinbaren. Um das daraus hervorgehende Missbrauchsrisiko zu begrenzen, muss der Risikovertrag durch das Gericht bestätigt werden und die Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zur erbrachten Leistung stehen.<sup>75</sup> In Schweden gilt das *loser pays principle*<sup>76</sup> zum Schutz gegen leichtfertig erhobene Klagen.<sup>77</sup>

### 2. Kritik

Schweden hat mit der Einführung der Gruppenklage 2002 einen großen Schritt im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes gemacht. Seit Einführung der Gruppenklage wurden verschiedene Verfahren als Gruppenklagen geführt.<sup>78</sup> Aufgrund der Ähnlichkeiten sind die oben genannten Nachteile und Kritikpunkte, insbesondere bezüglich des *opt in*-Verfahrens und des *loser pays principles* übertragbar.<sup>79</sup>

Weitergehend werden die Folgen der Erhebung einer Gruppenklage in Schweden kritisiert: Die Ansprüche aller Mitglieder der definierten Gruppe werden zunächst bis zum Ablauf

der zur Eintragung definierten Frist rechtshängig, sodass die Einzelnen ihre Ansprüche nicht mehr selbstständig durchsetzen können. Erst im Anschluss beschränkt sich die Rechtshängigkeit auf die beigetretenen Gruppenmitglieder.<sup>80</sup> Diese Einschränkung der individuellen Möglichkeiten zur Durchsetzung eigener Ansprüche ist verfassungsrechtlich bedenklich.<sup>81</sup>

Bezüglich der Kostentragungsregeln hat das schwedische Recht eine ausgleichende Lösung gefunden: Prinzipiell sind die Kosten durch den Kläger zu tragen, eine Umverteilung auf die Gruppe geschieht nur durch Vereinbarung oder aufgrund Zahlungsunfähigkeit des Klägers.<sup>82</sup> Die Regelung zum Erfolgshonorar dient der Schaffung von Anreizen zur Organisation der Sammelklagen.

## III. Frankreich

Frankreich hat 2014 mit dem *Loi n°2014 – 344 du 17 mars 2014 relative à la consommation* (1) die *action de groupe* in den *Code de la consommation* aufgenommen.

### 1. Rechtslage

In Frankreich sind zugelassene, französische Verbände<sup>83</sup> dazu befugt, eine *action de groupe* zu erheben (vgl. Art. L. 623 – 1 C. cons.). Dabei kann der Ersatz materieller Vermögensschäden, die von einer großen Gruppe ähnlich erlitten wurden (vgl. Art. L. 623 – 1 C. cons.)<sup>84</sup>, eingeklagt werden.

Auch in Frankreich hat man sich für das *opt in*-Prinzip entschieden.<sup>85</sup> Neuartig an der *action de groupe* ist die Auftei-

<sup>64</sup> Stengel/Hakemann, RIW 2004, 221.

<sup>65</sup> Stengel/Hakemann, RIW 2004, 221, 222.

<sup>66</sup> Alle Zitationen des GrL sind Übersetzungen der englischen Fassung des GrL verfügbar unter: <http://bit.ly/2sm2srO>.

<sup>67</sup> Stengel/Hakeman, RIW 2004, 221, 223.

<sup>68</sup> Stadler, JZ 2009, 121, 128; Persson, in: Europäische Kommission, Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, Country report Sweden, 2008, S. 3.

<sup>69</sup> Persson (Fn. 68), S. 3. – insbesondere Verbraucher- und Arbeitnehmerverbände.

<sup>70</sup> Hier ist der Ombudsmann für Verbrauchersachen zu nennen (Persson (Fn. 68), S. 3).

<sup>71</sup> Stadler, JZ 2009, 121, 128; Stengel/Hakeman, RIW 2004, 221, 222.

<sup>72</sup> Stengel/Hakeman, RIW 2004, 221, 225.

<sup>73</sup> Stengel/Hakemann, RIW 2004, 221, 225.

<sup>74</sup> Stengel/Hakeman, RIW 2004, 221, 224; der Wortlaut von § 8 GrL lautet: „A group action may only be considered if ...“.

<sup>75</sup> Stengel/Hakemann, RIW 2004, 221, 226.

<sup>76</sup> Persson (Fn. 68), S. 7; Kap. 18 § 1 RB (Schwedische Zivilprozessordnung).

<sup>77</sup> Stengel/Hakeman, RIW 2004, 221, 223; Lindblom, in: The Globalization of Class Actions, 2007, S. 16. Demnach sind auch die Gruppenmitglieder im Normalfall nicht an den Prozesskosten und den Anwaltskosten der obsiegenden Partei beteiligt.

<sup>78</sup> Eine Übersicht bis 2008 in Persson (Fn. 68), S. 29.

<sup>79</sup> S.o. III. 2.

<sup>80</sup> Stengel/Hakeman, RIW 2004, 221, 226; Buchner (Fn. 3), S. 106; a.A. Stadler, JZ 2009, 121, 130.

<sup>81</sup> Buchner (Fn. 3), S. 106.

<sup>82</sup> vgl. Klein, RIW 2015, 60, 61.

<sup>83</sup> Derzeit sechzehn Verbraucherverbände gemäß Klein, RIW 2014, 1.

<sup>84</sup> Bien, Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart) 2014, 465.

<sup>85</sup> Bien, NZKart 2014, 465; Buchner (Fn. 3), S. 119.

lung des Prozesses in verschiedene Phasen:<sup>86</sup> Zunächst erhebt ein Verbraucherverband die Sammelklage. Der Verband muss nicht ermächtigt worden sein und die Gruppe der teilnehmenden Verbraucher nicht feststehen. Gemäß Art. 623-3 C. cons. erlässt der Richter auf Basis repräsentativer Fälle ein Grundurteil mit den relevanten Feststellungen, die die Schadensersatzverpflichtung des Unternehmens begründen. Zudem bestimmt das Gericht nach Art. 632-4 C. cons. die Gruppe von Verbrauchern, für die das Urteil gelten soll und wie diese zu informieren sind. Erst im Anschluss können innerhalb einer Frist Verbraucher dem Prozess beitreten (vgl. Art. 623-4 C. cons.). Die Rechtskraft des Urteils erstreckt sich nach Art. 623-9 C. cons. auch gegenüber den nun beitretenden Verbrauchern. Abschließend kann der Richter gemäß Art. 623-19 C. cons., sofern nötig, über einzelne, strittige Forderungen entscheiden.

Mit Anhängigkeit der Sammelklage tritt eine Verjährungshemmung der betroffenen Ansprüche ein. Es ist jedoch noch unklar, ob sich diese nur auf die späteren Gruppenmitglieder oder alle in Frage kommenden Anspruchsinhaber bezieht.<sup>87</sup>

## 2. Kritik

Auch in der französischen Lösung bestehen aufgrund der *opt in*-Teilnahme Einschränkungen hinsichtlich der Effizienz des Rechtsschutzes. Die Effektivität der *action de groupe* wird auch durch den geringen Anwendungsbereich eingeschränkt. So sind insbesondere Produkthaftungsfälle nicht erfasst.<sup>88</sup>

Schwierig bleibt auch hier die Finanzierung der Prozesse:<sup>89</sup> Das Gesetz sieht lediglich eine Erstattung der Kosten vor,<sup>90</sup> weitere finanzielle Vorteile bestehen für die Verbände jedoch nicht, sodass kaum Anreize zur Durchführung solcher Prozesse bestehen.<sup>91</sup>

Durch die alleinige Klagekompetenz für französische Verbraucherverbände stellt sich auch hier die Schwierigkeit bei grenzüberschreitend gelagerten Fällen.<sup>92</sup>

## IV. Schlussfolgerungen der rechtsvergleichenden Analyse

Alle bisher gefundenen Lösungswege weisen Schwächen und Stärken auf, die bei der Konzeption kollektiver Rechtsschutzmechanismen zu beachten sind.

### 1. *Opt in* oder *opt out*?

Die Empfehlung der Europäischen Kommission, Frankreich und Schweden haben sich für *opt in*-Lösungen entschieden. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber *opt out*-Lösungen nach dem amerikanischen Modell, scheint lediglich ein freiwilliges Beitreten der Mitglieder zu einer Gruppenklage derzeit möglich. Die Nachteile einer *opt in*-Lösung<sup>93</sup> auszugleichen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. An dieser Stelle ist auch der Schadenswert von Relevanz: Bei niedrigen Bagatellschäden wird aufgrund des Verbotes von Strafschadenszahlungen im *civil law* der Klagereiz auch bei sehr einfachen Verfahren gering bleiben.

Um dem „rationalen Desinteresse“<sup>94</sup> zu begegnen, scheint trotzdem die französische *action de groupe* derzeit das

überzeugendste Konzept zu liefern: Durch die späte Beteiligung der Verbraucher an den Prozessen, bestehen weniger Entscheidungs-, Prozess- und Kostenrisiken.<sup>95</sup>

## 2. Klagebefugnis

Die weite Klagebefugnis in Schweden eröffnet mehr Rechtsschutzmöglichkeiten. Andererseits sorgt eine Einschränkung der Klagebefugnis auf Verbraucherverbände für eine Qualitäts- und Verfahrensgarantie, da die Prozesse so von Einzelpersonen unabhängig sind. Um ein Maß an juristischem Sachverstand zu gewährleisten, muss jedoch die fachliche Qualifikation der Verbände gewährleistet sein.

## 3. Kosten

Sowohl in Schweden als auch in Frankreich soll der Gruppenkläger, nur im Ausnahmefall die Gruppenteilnehmer, die Kosten des Verfahrens tragen.<sup>96</sup> Dies dient dem Schutz der Gruppenteilnehmer. Andererseits kann gerade in einer solchen Regelung eine Gefahr liegen: In den USA liegt einer der Klage- und Organisationsanreize für den Gruppenkläger in den vereinbarten Erfolgshonoraren.<sup>97</sup> Aufgrund der Verantwortung des Gruppenklägers die Kosten zu tragen, könnten sich die Anreize eine solche Klage zu erheben, verringern. Diese Problematik besteht auch bei anderen Verbandsklagen, wie der Gewinnabschöpfung nach dem UWG.<sup>98</sup>

## E. Die Musterfeststellungklage für Verbraucher als deutsche *class action*?

Inspiziert von der Kommissionsempfehlung hat die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen 2013 einen Gesetzentwurf zur Einführung einer Sammelklage vorgelegt.<sup>99</sup> Die Koalitionsfraktionen lehnten die Einführung einer Gruppenklage ab – der Vorschlag „schaffe zusätzliches Streitpotenzial“<sup>100</sup>, zudem „gebe es bereits hinreichende Möglichkeiten des kollektiven Rechtsschutzes“<sup>101</sup>.

<sup>86</sup> Zu folgendem Ablauf eingehend: *Bien*, NZKart 2014, 465; *Buchner* (Fn. 3), S. 120; *Klein*, RIW 2014, 1; *Stadler*, ZfPW 2015, 61, 67; *Tilp/Schiefer*, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NVZ) 2017, 14, 17.

<sup>87</sup> *Klein*, RIW 2014, 1.

<sup>88</sup> *Stadler*, ZfPW 2015, 61, 68.

<sup>89</sup> *Buchner* (Fn. 3), S. 121.

<sup>90</sup> *Klein*, RIW 2014, 1; *Bien*, NZKart 2014, 507, 509.

<sup>91</sup> *Bien*, NZKart 14, 507, 509; *Klein*, RIW 2014, 1.

<sup>92</sup> *Stadler*, ZfPW 2015, 61, 79.

<sup>93</sup> S.o. II. 1. b) *opt in* – Insbesondere ist hier an die geringe Zahl der teilnehmenden Verbraucher und dem Charakter als Druckmittel zu denken.

<sup>94</sup> *Alexander*, JuS 2009, 590 (590).

<sup>95</sup> *Tilp/Schiefer*, NVZ 2017 14, 17.

<sup>96</sup> S.o. IV. 2. a) bzw. 3. b).

<sup>97</sup> *Behrendt/Freim von Enzberg*, RIW 2014, 253, 254.

<sup>98</sup> S.o. IV. 1. c) (2).

<sup>99</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Einführung von Gruppenverfahren, BT-Drs. 18/1464 vom 21.05.2014; vgl. insbesondere §§ 606, 610, 611, 617, 628.

<sup>100</sup> Zitat *Dirk Wiese*, in: Deutscher Bundestag, Nein zur Einführung von Gruppenverfahren, 2015.

<sup>101</sup> Zitat *Sebastian Steineke*, in: Deutscher Bundestag (Fn. 100).



Nach dem VW-Skandal 2015 wurde die Einführung einer Musterfeststellungsklage diskutiert.<sup>102</sup> Im Juli 2016 hat das Bundesministerium der Justiz einen Diskussionsentwurf veröffentlicht,<sup>103</sup> jedoch konnte die Koalition bis zum Ende der Legislaturperiode zu keiner Einigung kommen. Der Diskussionsentwurf sieht eine Musterfeststellungsklage für Verbraucher, angelehnt an das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), vor.<sup>104</sup> Eine solche Lösung ist bereits mehrfach in der Literatur vorgeschlagen worden,<sup>105</sup> sodass eine Umsetzung in dieser Form auch unter einer neuen Regierung nicht unwahrscheinlich erscheint.

## I. Musterfeststellungsklage im KapMuG

Das KapMuG wurde 2005 unter dem Eindruck der rund 17 000 anhängigen Klagen von Aktionären gegen die Deutsche Telekom verabschiedet<sup>106</sup> und 2012 reformiert.<sup>107</sup> Ziel des KapMuG ist die „effektivere gerichtliche Handhabung von Massenklagen mit kapitalmarktrechtlichem Bezug“<sup>108</sup>.

Das Musterfeststellungsverfahren ist in drei Phasen geteilt.<sup>109</sup> Zunächst wird gemäß § 2 KapMuG das Verfahren durch den Musterverfahrens Antrag eingeleitet. Auf dieser Basis wird der Antrag in das Klageregister eingetragen. Sofern sich innerhalb von sechs Monaten mindestens neun weitere Kläger gefunden haben, erlässt das Prozessgericht gemäß § 6 I 2 KapMuG einen Vorlagebeschluss, der die Feststellungsziele enthält. Dieser wird im Klageregister veröffentlicht und leitet das Musterverfahren vor dem Oberlandesgericht ein. Gemäß § 8 I KapMuG werden durch die Veröffentlichung alle bereits anhängigen oder noch anhängig werdenden Verfahren ausgesetzt. Das Musterverfahren vor dem Oberlandesgericht endet mit einem Musterbescheid (§ 16 I KapMuG), welcher die Prozessgerichte gemäß § 22 I 1 KapMuG in den ausgesetzten Einzelprozessen innerprozessual bindet.

Ob der Gesetzgeber sich im KapMuG für ein *opt in*- oder *opt out*-Modell entschieden hat, ist umstritten.<sup>110</sup> Da der Musterentscheid lediglich Bindungswirkung für die im Klageregister eingetragenen Verfahren entfaltet, sollte aber eine Ähnlichkeit zu einem *opt in*-Verfahren angenommen werden.<sup>111</sup> Jedoch geht die faktische Bindungswirkung des Musterentscheides gleichzeitig darüber hinaus und entfaltet eine Präjudizwirkung in Parallelverfahren, soweit kein abweichender Vortrag vorliegt.<sup>112</sup>

## II. Regelung für Verbraucher durch den Gesetzentwurf

Zur Anwendung des Musterfeststellungsverfahrens auf Verbraucher sind relevante Anpassungen vorgenommen worden: Klageberechtigt sollen ausschließlich qualifizierte Einrichtungen entsprechend § 4 UKlaG sein,<sup>113</sup> um das „rationale Desinteresse“<sup>114</sup> zu überwinden.<sup>115</sup> Verbrauchern steht die Möglichkeit offen, ihre Ansprüche in ein elektronisches Klageregister eintragen zu lassen, um sich später auf die Feststellungen des Musterbescheides berufen zu können.<sup>116</sup>

Der Musterprozess soll der Feststellung relevanter Tatsachen und Rechtsfragen dienen, nicht aber Leistungsansprüche begründen. Diese sind in anschließenden Individualverfahren festzustellen.

## III. Bewertung

### 1. Effektivität des Rechtsschutzes

Während in Frankreich und Schweden bereits durch die *opt in*-Lösung Einbußen in der Effektivität der Maßnahme gefürchtet werden, wäre in Deutschland die Eigenverantwortlichkeit der Verbraucher deutlich höher: Zwar ist die Anmeldung zur Teilnahme im aktuellen Regierungsentwurf einfach, jedoch muss jeder einzelne Anmelder im Anschluss noch Individualverfahren gegen das Unternehmen führen.<sup>117</sup> Dieses Risiko ist gerade der Auslöser für das „rationale Desinteresse“<sup>118</sup>, das Verbraucher von der Rechtsdurchsetzung abhält. Der Erfolg von Anbietern wie myright.de basiert darauf, dass den Verbrauchern die Risiken und Mühen eines Prozesses abgenommen werden. Insoweit wäre eine Lösung, in der direkt ein Leistungsanspruch für gleichgelagerte Fälle begründet wird, vorzuziehen.

### 2. Problematik der qualifizierten Einrichtungen

Wie in Frankreich wirft die alleinige Klagebefugnis durch qualifizierte Einrichtungen Probleme auf. Dies dient zwar der Qualitätsgarantie, jedoch können auch Verbände sowohl organisatorisch als auch finanziell mit der Durchführung von Prozessen mit signifikantem Streitwert und einer großen Gruppe an Anspruchsinhabern überfordert sein.<sup>119</sup>

Daher wäre auch in einer deutschen Lösung zu diskutieren, ob die Klagebefugnis nicht, wie in Schweden, auch für Einzelpersonen geöffnet werden sollte. Dazu müsste jedoch zur Überwindung des „rationalen Desinteresses“<sup>120</sup> ein finanzielles

<sup>102</sup> Vgl. Beck-aktuell, Koalition streitet über Musterklagen für Verbraucher, 2017.

<sup>103</sup> Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Musterfeststellungsklage (Diskussionsentwurf), 2017.

<sup>104</sup> Vgl. Windau, Einer klagt für alle, 2016.

<sup>105</sup> Wanner, Das KapMuG als allgemeine Regelung für Massenverfahren, 2010, S. 89 - 93; Habbe/Gieseler, BB 2016, 3018, 3021; Keßler, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2016, 2, 3; Heitzig (Fn. 57), S. 313.

<sup>106</sup> Tamm, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 174 (2010), 525, 530.

<sup>107</sup> Vgl. Art. 1 des Gesetzes zur Reform des KapMuG vom 19.10.2012, BT-Drs. 17/8799.

<sup>108</sup> Vgl. BT-Drs. 17/8799 (Fn. 119), S. 1.

<sup>109</sup> Als Überblick zum Ablauf des Musterfeststellungsverfahrens durch das KapMuG eingehend: Hess, in: Hess/Reuschle/Rimmelspacher (Hrsg.), Kölner Kommentar zum KapMuG<sup>2</sup>, 2014, Einl. Rn. 27ff.

<sup>110</sup> Vgl. Wolf/Lange, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), Kommentar, Einl. Rn. 40, 42.

<sup>111</sup> Hess, in: Hess/Reuschle/Rimmelspacher (Fn. 109), Einl. Rn. 33.

<sup>112</sup> Hess, in: Hess/Reuschle/Rimmelspacher (Fn. 109), Einl. Rn. 30.

<sup>113</sup> vgl. Diskussionsentwurf (Fn. 103), S. 2.

<sup>114</sup> Alexander, JuS 2009, 590.

<sup>115</sup> vgl. Diskussionsentwurf (Fn. 103), S. 16.

<sup>116</sup> vgl. Diskussionsentwurf (Fn. 103), S. 3.

<sup>117</sup> In Fällen unter dem KapMuG hat sich gezeigt, dass Unternehmen auch nach Feststellungen im Musterbescheid Verzögerungstaktiken in den Einzelprozessen angewendet haben. Als Beispiel kann hierbei das Verfahren zwischen der Telekom und ihren Aktionären genannt werden (BGH XI ZB 12/12) (vgl. DAV Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für ein Gesetz zur Einführung der Musterfeststellungsklage, S. 7).

<sup>118</sup> Alexander, JuS 2009, 590.

<sup>119</sup> DAV Stellungnahme (Fn. 117), S. 5 ff.

<sup>120</sup> Alexander, JuS 2009, 590.

Anreizsystem geschaffen werden. Auch Unternehmen wie myright.de sind nur bereit, die relevanten Prozessrisiken zu übernehmen, da ihnen im Erfolgsfall Abschläge der Ansprüche zustehen. Als Vorbild könnte etwa der Risikovertrag nach § 38 GrL gewählt werden.

### 3. Kosten

Auch die Finanzierung der Musterfeststellungsklagen dürfte sich noch als schwierig erweisen. Da die Betroffenen nicht selbst klagen würden, sind die bestehenden Regelungen zum KapMuG nicht übertragbar. Wie jedoch bereits in Frankreich zu beobachten ist, stellt die Finanzierung solcher Klagen auch für etablierte Verbände ein Problem und einen fehlenden Klageanreiz dar.<sup>121</sup> Hierbei wäre etwa an einen Kosten-erstattungsanspruch, ähnlich der Regelung im UWG, aus Steuermitteln im Rahmen des Verbraucherschutzes zu denken.

## F. Ergebnis

Die Frage eines angemessenen und funktionierenden kollektiven Rechtsschutzes ist noch nicht abschließend beantwortet,

der goldene Mittelweg nicht gefunden. Einigkeit besteht darin, kollektive Rechtsschutzmöglichkeiten weiter ausbauen zu wollen. Auf der anderen Seite sollen Erfolgshonorare, *opt out*-Systeme und Strafschadensersatz vermieden werden, was zu Effektivitätsverlusten führt.

Viele Mitgliedsstaaten der EU haben in den letzten Jahren Sammelklagen eingeführt. Deutschland bleibt bei dieser Entwicklung bisher zurück. Die Diskussion über die Einführung einer Musterfeststellungsklage zeigt auch, dass noch ein weiter Weg zu gehen ist, bis Verbraucher kollektiv ihre Rechte auch hier effektiv durchsetzen können.

Aktuell sind Prozesse zur kollektiven Durchsetzung von Rechten abhängig von externen Prozessfinanzierern und kosten die betroffenen Verbraucher im Erfolgsfall 35 % ihres Anspruches.

---

<sup>121</sup> S.o. IV. 3. b).

Paulina Große-Wöhrmann\*

# Arbeitsrechtlicher Schutz von Whistleblowern – de lege ferenda

## A. Einleitung

Im Zuge der Flexibilisierung der Arbeitswelt verändert sich auch das Verhältnis von Arbeitnehmern zu ihren jeweiligen Arbeitgebern stark. Während Arbeitnehmer früher meist ihr Leben lang bei einem einzigen Unternehmen angestellt waren, ist es heute größtenteils sogar notwendig, immer wieder den Arbeitgeber zu wechseln, um auf der Karriereleiter aufzusteigen. Das führt zu weniger emotionaler Bindung an das Arbeitgeberunternehmen und senkt die Hemmschwelle, Missstände anzuzeigen.

Demnach wird die Frage, wie aus arbeitsrechtlicher Perspektive mit dieser Entwicklung umzugehen ist, immer brisanter.

## B. Problemstellung

### I. Begriff Whistleblowing

Unter Whistleblowing versteht man die Anzeige von Gesetzesverstößen,<sup>1</sup> sowie das an die Öffentlichkeit bringen von anderen Missständen im Unternehmen, jeweils durch einen Arbeitnehmer des angezeigten Unternehmens.<sup>2</sup>

Dabei wird zwischen internem und externem Whistleblowing unterschieden. Internes Whistleblowing bezeichnet die unternehmensinterne Meldung von Fehlverhalten von Kollegen oder Vorgesetzten.<sup>3</sup> Externes Whistleblowing bezeichnet die Weitergabe von Informationen über Missstände im Unternehmen Strafverfolgungs- und Aufsichtsbehörden oder sonstige Stellen, wie zum Beispiel die Presse.<sup>4</sup> Letzte Form des Hinweisgebens ist aus arbeitsrechtlicher Sicht besonders problematisch.

### II. Interessenlage

Grundsätzlich unterscheiden sich die Interessen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht so sehr, wie auf den ersten Blick zu vermuten ist. Im Regelfall sind sowohl Arbeitnehmer, als auch Arbeitgeber daran interessiert, das Unternehmen frei von Missständen, zu halten, ohne dass dieses durch Reputationsschäden beeinträchtigt wird.<sup>5</sup>

Es kommt jedoch vor, dass Probleme auftreten, welche entweder von Handlungen oder Entscheidungen auf Arbeitgeberseite herrühren oder trotz Kenntnis durch diese nicht beseitigt werden. Dann entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse des Arbeitgebers an der Geheimhaltung innerbetrieblicher Abläufe und Daten und dem berechtigten Anliegen der Arbeitnehmer, mit Informationen aus der internen Sphäre des Arbeitsverhältnisses herauszutreten und die Öffentlichkeit zu informieren.<sup>6</sup>

Demnach entsteht auf grundrechtlicher Ebene ein Konflikt zwischen der Meinungsfreiheit aus Art. 5 GG der Arbeitnehmer und den Unternehmer-Grundrechten aus Art. 12 und 14 GG.<sup>7</sup>

### 1. Interesse des Arbeitgebers

Durch die frühzeitige Aufdeckung von Korruption und Untreue können interne wirtschaftliche Schäden für das Unternehmen verhindert und durch die Aufdeckung von Fehlverhalten mit Außenwirkung externe Schäden wie Schadensersatzansprüche Dritter oder Geldstrafen verringert werden.<sup>8</sup> Dies ist insbesondere durch interne Hinweise von Arbeitnehmern möglich, da schnell und effektiv Gegenmaßnahmen eingeleitet und so etwaige Schäden schon frühzeitig aufgefangen werden können.<sup>9</sup>

Auf der anderen Seite kann die externe Offenlegung von Informationen jedoch vernichtende Konsequenzen für ein Unternehmen haben. Durch die ungesteuerte Kommunikation von Missständen kann das öffentliche Image des Unternehmens massiv geschädigt werden und im schlimmsten Fall den Fortbestand des Unternehmens gefährden.<sup>10</sup> Dies kann insbesondere passieren, wenn sich der Arbeitnehmer direkt an die Öffentlichkeit wendet und dem Unternehmen keine Möglichkeit bleibt, den Sachverhalt intern aufzuklären und sich gegebenenfalls zu verteidigen.<sup>11</sup>

Zudem kann eine externe Anzeige des Arbeitnehmers zur Offenbarung von Betriebsgeheimnissen führen, was Unternehmen stark schaden kann, deren Umsatz aus Knowhow herrührt.<sup>12</sup> Demnach hat der Arbeitgeber ein großes Interesse an der Verschwiegenheit der Arbeitnehmer.

Fraglich ist, ob die Wahrung des Verschwiegenheitsinteresses in diesem Kontext zu den Loyalitätspflichten des Arbeitnehmers zählt.<sup>13</sup>

Grundsätzlich ist die Erwartung von Loyalitätspflichten in gegenseitigen Verträgen nicht selbstverständlich. Vergleichsweise kommt im Mietrecht nicht die Frage auf, ob der Mieter rechtswidriges Verhalten des Vermieters anzeigen darf oder nicht, obwohl wie im Arbeitsverhältnis eine Abhängigkeit besteht.<sup>14</sup>

\* Die Autorin ist Studentin der Bucerius Law School, Hamburg.

<sup>1</sup> *Eufinger*, NJ 2016, 458.

<sup>2</sup> *Kania*, in: Küttner (Begr.), Personalbuch 2017, Whistleblowing Rn. 1; *Müller*, NZA 2002, 424, 426.

<sup>3</sup> *Kania*, (Fn.2), Whistleblowing, Rn. 9; *Eufinger*, NJ 2016, 458.

<sup>4</sup> *Eufinger*, NJ 2016, 458; *Schmolke*, RIW 2012, 224, 226.

<sup>5</sup> Vgl. *Simonet*, RdA 2012, 236 f.

<sup>6</sup> Ausführlich *Bauschke*, öAT 2012, 271.

<sup>7</sup> *Bauschke*, öAT 2012, 271; *Klasen/Schaefer*, BB 2012, 641, 643.

<sup>8</sup> Vgl. *Simonet*, RdA 2013, 236, 237.

<sup>9</sup> *Schmolke*, RIW 2012, 224, 226.

<sup>10</sup> *Schmolke*, RIW 2012, 224, 227.

<sup>11</sup> Vgl. v. *Busekist/Fahrig*, BB 2013, 119, 120.

<sup>12</sup> Weitergehend *Müller*, NZA 2002, 424, 428 ff.

<sup>13</sup> Ausführlich zu Verschwiegenheitspflichten des Arbeitnehmers *Müller*, NZA 2002, 424, 428 ff.

<sup>14</sup> So *Müller*, NZA 2002, 424, 428.



Im Arbeitsverhältnis wird aber die besondere und weitergehende Treuepflicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben als geschuldete Nebenpflicht angesehen. Besonders bei der Handhabung von Missständen müssen beide Parteien zusammenarbeiten, da sie aufeinander angewiesen sind.<sup>15</sup> Demnach entstehen in dieser Situation besondere weitergehende Pflichten – für beide Parteien. Der Arbeitgeber hat somit Rücksicht auf die geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers zu nehmen, also das Interesse am Geheimhalten von betrieblichen Vorgängen und das Unterlassen von schädlichen Äußerungen.<sup>16</sup>

## 2. Interesse des Arbeitnehmers

Das Interesse des Arbeitnehmers liegt in der Beseitigung der Missstände, die entweder sein Arbeitsumfeld betreffen oder dem Unternehmen oder der Allgemeinheit langfristig schaden können. Dabei hat der Arbeitnehmer im Wesentlichen das Interesse an schnellstmöglicher und effektiver Abhilfe. Es sollte aus objektiver Perspektive für ihn nicht von Bedeutung sein, ob die Behebung des Problems aufgrund einer internen Meldung oder öffentlichen Anzeige geschieht. Natürlich spielen neben dem Interesse an Abhilfe häufig auch „Genugtuung“ und im schlimmsten Falle „Rache“ eine Rolle, sodass Hinweisgeber teilweise auch mit explizitem Schädigungsinteresse handeln.

Für Bereiche, in denen sich der Arbeitnehmer durch Still-schweigen sogar wegen § 138 StGB strafbar machen würde, besteht ein besonderer Interessenkonflikt zwischen Loyalitätspflichten und Anzeigepflicht.<sup>17</sup> Regelmäßig macht das Bestehen einer solchen Pflicht jedoch arbeitsrechtliche Sanktionen unzulässig, die aufgrund der Anzeige ausgesprochen werden.<sup>18</sup>

Bei der Anzeige von Missständen stellt sich für den Arbeitnehmer das Problem, dass er aufgrund der Verletzung von Verschwiegenheitspflichten mit Vergeltungsmaßnahmen des Arbeitgebers rechnen muss.<sup>19</sup> Darunter fallen die sogenannte „Vergeltungskündigung“ – Verhaltensbedingte Kündigung wegen Pflichtverletzung –, eine Abmahnung, die Versagung von Aufstiegsmöglichkeiten oder Gratifikationen, sowie die Versetzung auf ein betriebliches „Abstellgleis“.<sup>20</sup> Diese Gefahr ist besonders präsent, wenn Führungskräfte Verursacher oder Beteiligte des angezeigten Sachverhalts sind. Bei innerbetrieblichen Meldungen setzt sich der Hinweisgeber zudem der Gefahr von Mobbing und Ausgrenzung durch die Kollegen aus.

## C. Gesetzliche Vorschriften zum Schutz von Hinweisgebern

Momentan finden sich nur wenige, auf spezielle Sachverhalte zugeschnittene gesetzliche Regelungen zur Anzeige von Missständen. Diese haben einen eingeschränkten Regelungsbereich.

§ 17 II ArbSchG gewährt beispielsweise dem Arbeitnehmer das Recht, sich bei Verstößen gegen die Vorschriften über den betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutz mit einer Anzeige an die zuständige Behörde zu wenden, soweit der Fehler durch den Arbeitgeber nicht behoben bzw. aufgeklärt wurde.<sup>21</sup>

Zudem sind Beamte durch § 37 II Nr. 3 BeamStG von ihrer Treu- und Verschwiegenheitspflicht entbunden, wenn sie einen durch Tatsachen begründeten Verdacht einer Korruptionsstraftat bei der zuständigen obersten Dienstbehörde oder den Strafverfolgungsbehörden anzeigen.<sup>22</sup>

Weiterhin bestehen spezielle Regelungen im Bereich der Umweltstraftaten, die die Einrichtung von Betriebsbeauftragten (explizit im Bereich des Immissions-, Wasser-, und Abfallrechts) vorsehen, welchen gegenüber entsprechenden Missständen angezeigt werden können.<sup>23</sup>

In 2016 hat der Gesetzgeber dann mit der Einführung des FinDAG den Schutz auf Hinweisgeber in der Finanzdienstleistungsbranche erweitert. § 4d FinDAG schützt Hinweisgeber, die Anzeigen über kapitalmarktrechtliche Gesetzesverstöße gegenüber der BaFin machen, vor arbeits- und strafrechtlichen Konsequenzen<sup>24</sup>

Ausgenommen dieser Einzelfälle wird der Schutz von Whistleblowern aber anhand der allgemeinen Regeln zum Kündigungsschutz und des Maßregelungsverbots in § 612a BGB beurteilt.

## D. Eingreifen der Legislative

Eine explizite Regelung zum Schutz von Hinweisgebern wurde in zahlreichen Gesetzesentwürfen angestrebt, jedoch konnte sich bisher noch kein Entwurf durchsetzen.

### I. Verankerung des Anzeigerechts im BGB

Im Jahr 2008 stellten die Bundesministerien der Justiz, für Arbeit und Soziales, Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz einen Gesetzesentwurf vor, der darauf abzielte, eine klare und eindeutige Regelung im Bereich des Informantenschutzes zu schaffen.<sup>25</sup> Der Entwurf sah vor, den derzeitigen § 612a BGB zu § 612b BGB zu machen und durch eine Norm zu ersetzen, in der die bestehende Rechtsprechung des BAG<sup>26</sup> und BVerfG<sup>27</sup> normiert und die Grundsätze des Vorrangs der innerbetrieblichen Klärung von Missständen verankert werden sollten.<sup>28</sup>

Dabei wurden die Schwellen zur Notwendigkeit der innerbetrieblichen Klärung sehr niedrig gesetzt und dadurch die Bedeutung und der Vorrang der innerbetrieblichen Klärung erheb-

<sup>15</sup> *Simonet*, RdA 2013, 236, 237.

<sup>16</sup> Krit. zu weitgehender Treuepflicht *Müller*, NZA 2002, 424, 428 ff.

<sup>17</sup> *S. Seel*, MDR 2012, 9, 10.

<sup>18</sup> Ausführlich *Müller*, NZA 2002, 424, 432.

<sup>19</sup> *Schmolke*, RIW 2012, 224, 227.

<sup>20</sup> So v. *Busekist/Fahrig*, BB 2013, 119, 120.

<sup>21</sup> Ausführlich *Wank*, in: *Erfürter Kommentar zum Arbeitsrecht* 17, 2017, § 17 ArbSchG Rn. 2.

<sup>22</sup> *Leppek*, in: *Beck'scher Online-Kommentar Beamtenrecht*<sup>7</sup>, 2017, § 37 BeamStG Rn. 16.

<sup>23</sup> *Müller*, NZA 2002, 424, 431.

<sup>24</sup> *Eufinger*, NJ 2016, 458, 459.

<sup>25</sup> Zum vollständigen Entwurf s. *BT-Drs.* 16 (10)849.

<sup>26</sup> Beispielhaft BAG, NZA 2004, 427.

<sup>27</sup> Beispielhaft BVerfG, NZA 2001, 888.

<sup>28</sup> *Simonet*, RdA 2013, 236, 237.

lich geschwächt.<sup>29</sup> Beispielsweise wurde die Grenze der Zumutbarkeit der innerbetrieblichen Klärung dort gezogen, wo der Arbeitnehmer der Auffassung ist, diese brächte keine Abhilfe mehr. Es ist kaum möglich, hierfür feste Kriterien zu normieren, da diese Entscheidung vom Einzelfall abhängt und auf die subjektive Einschätzung des Arbeitnehmers ankommt. Zwar kann der Arbeitnehmer seine Einschätzung auf ähnliche Fälle in der Vergangenheit stützen, hat jedoch kein Wissen über die Entscheidungsgründe des Arbeitgebers bei der Handhabung vergangener ähnlicher Meldungen.<sup>30</sup> Der Entwurf erfuhr daher starken Gegenwind und wurde als zu arbeitnehmerinteressenorientiert abgelehnt.

## II. Hinweisgeberschutzgesetz

Trotz Scheitern der vorherigen Gesetzesinitiativen wurde im Jahr 2012 von der SPD der Entwurf des HinwGebSchG eingebracht, um den Schutz für Whistleblower gesetzlich festzuhalten.<sup>31</sup> Hierbei sollte der Schutz nicht allein in die bestehenden Gesetze eingefügt werden, sondern ein Sondergesetz für die Rahmenbedingungen des Whistleblowing geschaffen. Der Gesetzesentwurf erfuhr starke Ablehnung. Der Fokus der Kritik lag hierbei auf dem geringen Wert, der innerbetrieblichen Klärungsmöglichkeit zugemessen wurde.<sup>32</sup> Dies erscheint nicht nachvollziehbar, da sie das vorschnelle Herantragen von intern leicht auflösbare Unstimmigkeiten an die Aufsichtsbehörden fördern würde,<sup>33</sup> was die unnötige Schädigung des Verhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu Folge hätte.

## III. Whistleblower-Schutzgesetz

Der überwiegend von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen getragene Entwurf des Whistleblower-Schutzgesetzes sieht unter anderem Änderungen im BGB vor.<sup>34</sup> Der Entwurf sieht zunächst die Ergänzung des § 612a BGB um einen zweiten Absatz vor, der die Beweislast bezüglich des Vorliegens von Benachteiligungen i.S.d. Norm regelt. Demnach ist diese dem Arbeitgeber auferlegt, sofern der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft machen kann, aufgrund derer eine Benachteiligung zu vermuten ist.<sup>35</sup> Weiterhin sieht der Entwurf den Vorrang der innerbetrieblichen Meldung vor, sofern dies dem Arbeitnehmer zumutbar ist. Die Unzumutbarkeit soll jedoch nach der subjektiven Auffassung des betroffenen Arbeitnehmers beurteilt werden. Im Zuge dessen differenzieren die Verfasser zwischen der Anzeige an außerbetriebliche Stellen und die Öffentlichkeit. Dies erscheint unter dem Gesichtspunkt des Arbeitgeberschutzes und dem Ziel der effektiven Beseitigung von Missständen sinnvoll, da die Meldung an die Öffentlichkeit meist das größte Schadenspotential birgt und oft schon durch Einschaltung der zuständigen Behörde Abhilfe geschaffen werden kann.

Insgesamt erscheint dieser Entwurf als der Beste der bisher in den Bundestag eingebrachten Gesetzesvorlagen zum Thema Hinweisgeberschutz.

## IV. Fragliche Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns

Bisher konnte sich jedoch kein Gesetzesvorhaben durchsetzen, was damit zu begründen ist, dass viele ein Gesetz zur Regelung des Hinweisgeberschutzes gar nicht erst als notwendig erachten.

## 1. Vermeidung von Rechtsunsicherheit durch gesetzlicher Regelung?

Einerseits ist das maßgebliche Argument der Entwurfsteller für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung zum Whistleblowing die Rechtsunsicherheit, die Arbeitnehmer dadurch erfahren, dass es keine konkreten Kriterien gibt, anhand denen sie ihr Handeln ausrichten können. Die Rechtsunsicherheit folgt jedoch nicht von fehlenden rechtlichen Anhaltspunkten, sondern aus der Tatsache, dass allen gerichtlichen Entscheidungen eine Einzelfallabwägung der tatsächlichen Umstände zugrunde liegt.<sup>36</sup> In den Gesetzesentwürfen wird diese Einzelfallabwägung jedoch gerade beibehalten.

Im Grunde ist dies auch nicht anders zu lösen, da das Problem eine typische Situation im Arbeitsrecht widerspiegelt, in der eine Einzelabwägung geboten ist. Bei einer verhaltensbedingten Kündigung wird immer eine Prüfung der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls vorgenommen um die erforderliche Einzelfallgerechtigkeit zu erreichen.<sup>37</sup> Den Gerichten bleibt demnach immer ein gewisser Entscheidungsspielraum, der für den Arbeitnehmer nicht zur Gänze vorhersehbar ist.

Es erscheint somit verfehlt anzunehmen, dass durch die Schaffung eines Gesetzes vollständige Rechtsklarheit und die Vorhersehbarkeit der Konsequenzen einer Anzeige erzielt werden könnte.

## 2. Schaffung eines unnötigen Spezialgesetzes?

Zum anderen wurde von Seiten der Gegner einer gesetzlichen Schutzregelung im Bundestag angeführt, dass es bereits zahlreiche Spezialgesetze gäbe, die das Anzeigerecht für Arbeitnehmer beinhalte.<sup>38</sup> Neben diesen Regelungen und der Rechtsprechung des BVerfG, des BAG und des EGMR sei kein weiteres Sondergesetz mehr nötig. Hiergegen kann jedoch angeführt werden, dass diverse Spezialnormen, die explizit auf externe Anzeigen von Missständen durch Arbeitnehmer zugeschnitten sind, eben Spezialnormen für ganz ausgewählte Fälle sind. Beispielsweise gibt § 17 ArbSchG dem Arbeitnehmer zwar ein Anzeigerecht, zielt aber nur auf Fragen der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes für Arbeitnehmer am Arbeitsplatz ab.<sup>39</sup> Außerdem ermöglicht § 4d FinDAG die Anzeige von Fehlverhalten einzelner Personen oder ganzer Unternehmen innerhalb des Finanzdienstleistungssektors an die Bun-

<sup>29</sup> Sasse, NZA 2008, 990, 992.

<sup>30</sup> Sasse, NZA 2008, 990, 993.

<sup>31</sup> Zum vollständigen Entwurf s. BT-Drs. 17/8567.

<sup>32</sup> Vgl. Simonet, RdA 2013, 236, 237; Klasen/Schaefer, BB 2012, 641, 647.

<sup>33</sup> Vgl. LAG Köln, BeckRS 2012, 75713; Hier hatte eine Erzieherin vor schnell gegen ihren Arbeitgeber Anzeige beim Jugendamt erstattet, die sich zwar als falsch herausstellte, dem Arbeitgeber als trotzdem stark schadete.

<sup>34</sup> Zum vollständigen Entwurf s. BT-Drs. 18/3039.

<sup>35</sup> BT-Drs. 18/3039, S. 3.

<sup>36</sup> So Simonet, RdA 2013, 236, 237.

<sup>37</sup> Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Hrsg.), Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen<sup>5</sup>, 2017, § 1 KSchG Rn. 80.

<sup>38</sup> Stellungnahme der CDU/CSU Fraktion im Beratungsverfahren der zuständigen Ausschüsse für den Entwurf des HinwGebSchG (BT-Drs. 17/12577 S. 5).

<sup>39</sup> Wank, in: ErFK (Fn. 21), § 17 ArbSchG Rn. 1.

desanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.<sup>40</sup> Dieses Recht bezieht sich jedoch nur auf die vom FinDAG betroffenen Branche und kann somit nicht den Schutz aller potentiellen Hinweisgeber gewährleisten, die zur Aufklärung von Missständen beitragen könnten.

Ein spezielles Schutzgesetz könnte aber die Hemmschwelle für Arbeitnehmer verringern, leichtfertig Anzeigen zu erheben, da die Konsequenzen solcher Handlungen weniger stark wiegen. Dies könnte dazu führen, dass aufgrund von unbedachter Weitergabe von Informationen enorme Reputationsschäden für die betroffenen Unternehmen entstehen, die durch spätere Berichtigung nicht zu revidieren sind.<sup>41</sup>

### 3. Signalwirkung einer gesetzlichen Normierung des Hinweiserschutzes

Für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Festschreibung des Hinweiserschutzes spricht die hohe Bedeutung, die interne Hinweisgeber für die Vermeidung und Aufklärung von Missständen haben.

Zudem ist von der Rechtsprechung derzeit nur die Kündigung wegen Verletzung der Verschwiegenheit umfassend erfasst. Sanktionen, die im Bereich des § 612a BGB liegen (beispielsweise Versagung von Aufstiegschancen im Unternehmen, Übergehung bei unternehmensinternen Gratifikationen und dergleichen mehr) und Nachteile, die von Kollegen herühren, haben jedoch auch großen Einfluss auf eine Entscheidung des potentiellen Hinweisgebers für oder gegen eine Anzeige und müssen daher mitberücksichtigt werden.<sup>42</sup> Das Maßregelungsverbot allein kann hier keine Abhilfe verschaffen, da der betroffene Arbeitnehmer sich nur darauf berufen kann, wenn er beweisen kann,<sup>43</sup> dass die zulässige Rechtsausübung der tragende Beweggrund für die Maßnahmen des Arbeitgebers war.<sup>44</sup>

Die Signalwirkung, die ein Gesetz – wie auch immer es ausgestaltet sein mag – auf die Anerkennung der Notwendigkeit von Hinweisgebern haben kann, darf nicht unterschätzt werden. Durch die Schaffung einer Regelung – selbst wenn diese nur stellenweise weitergehenden Schutz und höhere Rechtssicherheit bietet als die Rechtsprechung – wird helfen, die gesellschaftliche Einstellung gegenüber Hinweisgebern zu verändern und die negative Einstellung gegenüber „Denunzianten“ aufzuweichen.<sup>45</sup>

Deutschland steht Hinweisgebern historisch bedingt negativ gegenüber. Aber ähnlich wurde auch das europäübergreifende kartellrechtliche Kronzeugenprogramm in Deutschland aufgenommen, bei dessen Einführung zu Beginn auch Empörung über die „Förderung des Denunziantentums“ herrschte. Mittlerweile ist Regelung als ein sehr erfolgreiches Instrument der Kartellbekämpfung gesellschaftlich weitgehend anerkannt. Als Indiz für die positive Wirkung einer gesetzlichen Schutzregelung steht zudem die wesentliche Änderung der gesellschaftlichen Wahrnehmung von Whistleblowern in Großbritannien nach der Einführung des Public Interest Disclosure Act in 1998.<sup>46</sup>

Zusammenfassend bleibt: eine gesetzliche Regelung kann zwar gegenüber der Rechtsprechung keinen nennenswerten Mehrwert an Kriterien für die Entscheidung bringen, jedoch kann sie die bestehenden Wertungen der Rechtsprechung konkretisieren und dauerhaft in der Werteordnung des Arbeitsrechts verankern. Eine solche Entscheidung des Gesetzgebers

für den Schutz von Hinweisgebern hat eine starke Hinweisfunktion und kann nachhaltig dazu beitragen, die Rezeption von Hinweisgebern in der Gesellschaft zu verbessern.

## E. Ausgestaltung einer zu treffenden Regelung in zentralen Punkten

Fraglich ist, wie eine gesetzliche Normierung des Hinweiserschutzes auszusehen hätte. Bei dieser Entscheidung müssen die Erfahrungen vorangegangener Entwürfe beachtet werden und aufgrund der Kritik an einzelnen Punkten Verbesserungen erarbeitet werden. Im Folgenden werden einige Punkte aufgezeigt, die Beachtung finden sollten und angedacht werden könnten.

### I. Vorrang innerbetrieblicher Meldung

Externes Whistleblowing darf nur schwerwiegende Systembrüche thematisieren, an deren Offenbarung und staatlicher Verfolgung die Allgemeinheit ein erhebliches Interesse hat. Ist dies der Fall sollte umfassender Schutz garantiert werden. Es muss allerdings die Ausnahme bleiben. Der vertrauensvolle Umgang miteinander stellt in den meisten Betrieben die Grundlage einer produktiven Unternehmenskultur und damit eine Voraussetzung für effektive Arbeit dar.<sup>47</sup> Dies ist gefährdet, wenn jeglicher Alltagsfehler oder wenig erhebliches Fehlverhalten zu einer Anzeige an die Öffentlichkeit führen kann, ohne dass die Hinweisgebenden Konsequenzen zu fürchten hätten. Zudem wird in den Wertungen der Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG die öffentliche Anzeige als „ultima ratio“ der Arbeitnehmerrechte angesehen und betont, dass der Arbeitnehmer vorerst interne Anzeigemöglichkeiten ausschöpfen muss, es sei denn, dies ist ihm unzumutbar.<sup>48</sup>

Um zu gewährleisten, dass Arbeitnehmer sich erfolgsversprechend an eine unternehmensinterne Meldestelle wenden können erscheint es sinnvoll, die Rahmenbedingungen für Stellen gesetzlich festzuschreiben. Hierbei muss vor allem die Ausgestaltung solcher Stellen in verschiedenen Unternehmenstypen geregelt werden, damit die Hinweisgebenden Arbeitnehmer ausreichend geschützt sind. Eine funktionierende Compliance Strategie ist zudem für Unternehmen zur Vermeidung von Haftungsrisiken und Schäden essentiell.<sup>49</sup>

### 1. Ausgestaltung zuständiger Stellen oder Einrichtung in Unternehmen

Um zu gewährleisten, dass dem Arbeitnehmer die Anrufung einer internen Meldestelle zumutbar ist muss gewährleistet werden, dass das Anzeigesystem so eingerichtet ist, dass der Arbeitnehmer mit einer zeitnahen Prüfung der Missstände

<sup>40</sup> Näher zu den Voraussetzungen des Anzeigerechts im FinDAG Laars, Erläuterungen zum FinDAG<sup>4</sup>, 2017, § 4d Rn. 1 ff.

<sup>41</sup> Simonet, RdA 2013, 236, 239.

<sup>42</sup> Stellungnahme des SPD-Fraktion im Beratungsverfahren der zuständigen Ausschüsse für den Entwurf des HinwGebSchG (BT-Drs. 17/12577 S. 6).

<sup>43</sup> Preis, in: ErfK (Fn. 21), § 612a BGB Rn. 22.

<sup>44</sup> Preis, in: ErfK (Fn. 21), § 612a BGB Rn. 11.

<sup>45</sup> Stellungnahme des SPD-Fraktion im Beratungsverfahren der zuständigen Ausschüsse für den Entwurf des HinwGebSchG (BT-Drs. 17/12577 S. 6).

<sup>46</sup> Weiterführend Fleischer/Schmolke, NZG 2012, 361, 365.

<sup>47</sup> So auch Dieseroth/Derleder, ZRP 2008, 248, 250.

<sup>48</sup> Bauschke, öAT 2012, 271, 273-274.

<sup>49</sup> Göpfert/Landauer, NZA-Beil. 2011, 16, 21-22.



durch eine objektive Partei und einer effektiven Beseitigung dieser Missstände rechnen kann, sollten sie tatsächlich bestehen.<sup>50</sup>

Ein innerbetriebliches Regelwerk zur Anzeige, das den Ablauf, die zuständigen Personen und Maßnahmen vorsieht, wäre hierfür eine Möglichkeit. In großen Konzernen, könnte eine interne Meldestelle mit speziellen Qualitätsstandards als verpflichtend festgeschrieben werden,<sup>51</sup> wobei die meisten Konzerne, insbesondere internationale Konzerne solche Abteilungen bereits eingerichtet und positive Ergebnisse damit erzielt haben.<sup>52</sup> Für kleinere Unternehmen könnte die Zusammenarbeit mit externen Organisationen, die als erste Anlaufstelle für die Anzeige von Missständen fungieren und einer strikten Verschwiegenheitspflicht unterliegen, angedacht werden.<sup>53</sup> Hier kommen beispielsweise Anwaltskanzleien als Ombudsmänner in Betracht. Hierbei müssen jedoch datenschutzrechtliche Probleme beachtet werden und gegebenenfalls müssten Datenschutzvorschriften in dieser Hinsicht vom Gesetzgeber überarbeitet werden.<sup>54</sup>

## 2. Unzumutbarkeit der internen Klärung

Die Regelung der Anforderungen an eine innerbetriebliche Stelle und vor allem deren nachvollziehbare Kontrolle könnte eine gesetzliche Regelung rechtfertigen, in der die Beurteilung der Zumutbarkeit der innerbetrieblichen Kontrolle streng gehandhabt wird.<sup>55</sup> Wenn die hinreichende Ausgestaltung einer innerbetrieblichen Stelle bewiesen wird, könnte die Regelung zur Beurteilung der Unzumutbarkeit ähnlich wie im Entwurf des Whistleblower-Schutzgesetzes so ausgestaltet werden, dass konkrete Anhaltspunkte die Annahme der Unzumutbarkeit belegen müssen,<sup>56</sup> mit dem Zusatz, dass diese Anhaltspunkte auch nach der Ansicht eines objektiven Dritten zum diesem Ergebnis gekommen wäre.

Als Voraussetzung für das Vorliegen der Unzumutbarkeit wurden von der Rechtsprechung sinnvolle Kriterien erarbeitet. Diese sollten nicht verändert oder „wegdefiniert“ werden. Hier könnte man sich am Entwurf des Whistleblower-Schutzgesetzes orientieren. Dieser würde dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen, da zwar Spielraum bei der Auslegung bleibt, dieser aber durch Auslegung handhabbar ist. Auf der anderen Seite bleibt eine einzelfallbezogene Abwägung möglich, wie sie für diese Fälle nötig ist.

Außerdem sollte der Ansatz des Whistleblower-Schutzgesetzes übernommen werden, der eine Stufung der Hinweisadressaten nach Art und Schwere der Missstände vorsieht.<sup>57</sup> Als Zusatz zu den „zuständigen Behörden“ könnte angedacht werden, ähnlich der Umsetzung des FinDAG eine externe Meldestelle (wie die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) zu schaffen, die anonym Hinweise entgegennehmen und Hinweisgeber in ihrem weiteren Vorgehen beraten soll<sup>58</sup>.

Die jeweiligen Umstände des Einzelfalls sollten jedoch jedenfalls als Grundlage der Abwägung beibehalten werden und festgeschriebenen Gesetzeskriterien nur als Wertungshilfe fungieren.

## 3. Erweiterung des § 84 I 1 BetrVG

Zur Förderung der innerbetrieblichen Meldung könnte zudem angedacht werden, den § 84 I 1 BetrVG dahingehend zu erweitern, dass der Arbeitnehmer sein beschwerderecht nicht nur bei persönlicher Betroffenheit durch Missstände, sondern auch dann ausüben darf, wenn er sich generell gegen betriebsinterne Probleme wenden möchte.<sup>59</sup> Bei Bestehen eines Betriebsrats könnte dieser dann gemäß § 85 II 1 BetrVG durch Einwirkung auf den Arbeitgeber oder letztlich Einschaltung einer Einigungsstelle auf die Beseitigung der Missstände hinwirken. Bei einem solchen Verfahren ist der Arbeitnehmer durch § 84 III BetrVG vor Nachteilen, die aufgrund der Erhebung der Beschwerde entstehen könnten geschützt.

## II. Beweislastverteilung

Die Beweislast bezüglich des Vorliegens einer Benachteiligung wurde im Entwurf des Whistleblower-Schutzgesetzes für den aktuellen § 612a BGB so verteilt, dass, sofern der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft machen kann, die eine Benachteiligung vermuten lassen, der Arbeitgeber einen Gegenbeweis führen muss, um sich zu entlasten.<sup>60</sup> Dies steht zwar entgegen der momentanen Rechtsprechung zu § 612a BGB, jedoch ist diese Wertung zu begrüßen.<sup>61</sup> Die Kausalität zwischen einer Maßnahme des Arbeitgebers und der Ausübung der Rechte ist für den Arbeitnehmer zumeist sehr schwer zu beweisen, selbst wenn sie wirklich gegeben ist.<sup>62</sup> Für den Arbeitgeber ist es jedoch einfach einen Gegenbeweis zu führen, da er für Maßnahmen, wie Versetzung oder Kündigung in der Regel einen nachvollziehbaren Grund hat oder haben sollte.

Da eine Beweislastregelung im § 612a BGB auch auf Benachteiligungen anwendbar ist, die aus einer Anzeige von Missständen entstanden sind, braucht eine etwaige Norm zum Schutz von Hinweisgebern eine solche Regelung nicht.

<sup>50</sup> Für eine hohe Schwelle zur Zumutbarkeit des innerbetrieblichen Meldeverfahrens *Dieseröth/Derleder*, ZRP 2008, 248, 251.

<sup>51</sup> Vgl. *Bauschke*, öAT 2012, 271, 273-274; So auch die Daimler AG in ihrer Stellungnahme zum Whistleblower-Schutzgesetz in der öffentlichen Sachverständigenanhörung im Rahmen der Beratung des Gesetzes (BT-Drs. 18/5148, S. 7).

<sup>52</sup> *Simonet*, RdA 2013, 236, 240.

<sup>53</sup> *Reufels/Deviard*, CCZ 2009, 201, 208.

<sup>54</sup> Ausführlich zu datenschutzrechtlichen Problemen bei der Einrichtung von internen Anzeigesystemen, insb. von Whistleblower-Hotlines *Reufels/Deviard*, CCZ 2009, 201.

<sup>55</sup> Im Ansatz so auch *Kraushaar*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), *NomosKommentar zum Arbeitsrecht*<sup>2</sup>, 2010, § 612 a BGB Rn. 30-31.

<sup>56</sup> BT-Drs. 18/3039, S. 3.

<sup>57</sup> So auch *Kraushaar*, in: NK-Arbeitsrecht (Fn. 55), § 612 a BGB Rn. 31.

<sup>58</sup> Im Ansatz auch Prof. Wedde als Sachverständiger in der Beratung des Whistleblower-Schutzgesetzes (BT-Drs. 18/5148).

<sup>59</sup> *Dieseröth/Derleder*, ZRP 2008, 248, 249.

<sup>60</sup> *Preis*, in: *ErfK* (Fn. 21), § 612a BGB Rn. 22.

<sup>61</sup> So auch der Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit in der Sachverständigenanhörung des Beschlussempfehlungsverfahrens zum Whistleblower-Schutzgesetz (BT-Drs. 18/5148, S. 6).

<sup>62</sup> *Müller-Glöge*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*<sup>6</sup>, 2012, § 612 a Rn. 24.

### III. Arbeitgeberschutz

Wie bereits herausgearbeitet besteht die Möglichkeit, dass Unternehmen durch übereilte Anzeigen wegen fehlendem Risikobewusstsein der Arbeitnehmer großen Schaden nehmen könnten. Mit der strengen Durchsetzung der primären unternehmensinternen Aufklärung von Missständen wird die Gefahr voreiliger und unreflektierter Hinweise gemindert. Problematisch ist jedoch, welche Anforderungen im Falle eines Prozesses an die Annahme eines Missstandes zu stellen sind.

Einerseits könnte auf die subjektive Wahrnehmung des Hinweisgebers abgestellt werden, der aufgrund von konkreten Anhaltspunkten zu dem Schluss kommt, dass ein Missstand vorliegt, andererseits könnte wie bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit eine objektive Herangehensweise angezeigt sein. Um den Arbeitgeber vor leichtfertigen und gegebenenfalls unwahren Anzeigen zu schützen ist eine Regelung vorzugswürdig, die nur den Hinweisgebern Schutz gewährt, die aufgrund von konkreten Anhaltspunkten handeln, die auch für einen objektiven Dritten in der Lage des Hinweisgebers die Annahme eines Missstandes begründet hätte.<sup>63</sup>

### IV. Beachtung des Motivs des Arbeitnehmers bei der Anzeige

Im Gesetzesentwurf, der die Einführung eines neuen § 612a BGB vorsah wurde die Indizwirkung des Motivs des Arbeitnehmers bei der Anzeige explizit ausgenommen, obwohl die Kriterien der Rechtsprechung ansonsten größtenteils übernommen wurden. Fraglich ist, ob diese Kriterium Beachtung finden sollte, oder der Zweck einer Schutzregelung gerade die Aussparung gebietet.

Sollte das Unternehmen aufgrund von falschen Hinweisen Schaden nehmen spielt die Gutgläubigkeit oder die Absicht des Hinweisgebenden letztendlich keine Rolle mehr. Zudem ist der ausdrückliche Zweck des Schutzes von Whistleblowern die Erreichung einer besseren Aufklärung von Wirtschaftsstraftaten. Bei der Aufklärung von Straftaten ist es in erster Linie unerheblich, mit welcher Motivation die Hinweise gegeben wurden, solange sie wahrheitsgemäß sind. Der Zweck einer Regelung wäre also nicht gefährdet, wenn ein Arbeitnehmer eine wahre Tatsache anzeigt, dies jedoch nicht tut um dem Allgemeinwohl zu dienen oder um das Unternehmen zu schützen, sondern dem Arbeitgeber explizit Schaden zufügen möchte. Selbst für das Unternehmen spielt es im Grundsatz keine Rolle, mit welcher Motivation der Hinweisgeber gehandelt hat.

Auf der anderen Seite hat der verminderte Schutz von Hinweisgeber, die Anzeigen mit Schädigungsabsicht setzen die Wirkung, dass weniger Hinweise überstürzt und emotionsgetragen gegeben werden. Die Gefahr der Übermittlung falscher Tatsachen – ob gut- oder bösgläubig – ist dabei um einiges höher. Außerdem würde die Vertrauenskultur in Unternehmen geschädigt und sich negativ auf das Arbeitsumfeld auswirken, wenn Arbeitnehmer vor arbeitsrechtlichen Maßnahmen geschützt werden, die dem Unternehmen explizit Schaden zufügen wollen. Letztlich kann auch ein Vergleich mit vergleichbarem Beamtenrecht<sup>64</sup> dafür herangezogen werden, dass die Motivation des Arbeitnehmers sich weiterhin auf die Interessenabwägung auswirken sollte.<sup>65</sup>

Trotzdem führt die Beachtung des Motivs zu Rechtsunsicherheit. Es ist sehr schwierig im Prozess die wirkliche innere Motivation des Arbeitnehmers zur Schädigung zu beweisen. Ein gut beratener und wortgewandter Arbeitnehmer wird seine Motive im Prozess gut verbergen können, während ein anderer Arbeitnehmer sich durch eine unbedachte Äußerung so gleich aus dem Schutzbereich katapultiert.<sup>66</sup> Zudem darf die Rechtsordnung bei der Gewährung von Schutz nicht auf die innere Gesinnung des Schutzbedürftigen gestellt werden.<sup>67</sup> Eine etwaige Schädigungsabsicht des Arbeitnehmers kann im Prozess zwar mit in die Bewertung des Einzelfalls einfließen, sollte aber nicht im Gesetz festgeschrieben werden.<sup>68</sup>

### V. Verortung

Grundsätzlich bietet § 612a BGB Schutz vor Benachteiligungen durch den Arbeitgeber, im dem Fall, dass der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Recht ausübt. Demnach wäre es am ökonomischsten, eine Norm zu schaffen, in der das Recht des Arbeitnehmers normiert würde, unter bestimmten Voraussetzungen Missstände im Unternehmen anzuzeigen.

Diese könnte entweder in einem Spezialgesetz festgeschrieben werden oder in bestehende Gesetze miteingefügt werden. Wenn der Gesetzgeber sich dafür entschieden würde, die Rahmenbedingungen und Verpflichtungen für interne Meldestellen gesetzlich festzuschreiben, würde sich ein eigenes Gesetz anbieten. Wenn aber allein das Recht auf Anzeige festgeschrieben würde, wäre die einfachste Lösung, dieses als § 612b BGB an das Maßregelungsverbot anzuhängen, wie die Verfasser des Whistleblower-Schutzgesetz geplant hatten.

### F. Fazit

Eine Entscheidung des Gesetzgebers für den festgeschriebenen Schutz von Whistleblowern wäre zu begrüßen. Jedoch nur, wenn in dieser Regelung ein ausgewogenes Gleichgewicht von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen beachtet wird. Sinnvoll erscheint bezüglich des Schutzes bei externem Whistleblowing eine Regelung, die umfassenden Schutz gewährt, jedoch streng am Vorrang der unternehmensinternen Klärung ausgerichtet ist und Spielraum für Einzelfallgerechtigkeit durch die Rechtsprechung lässt. Je strenger der Vorrang der internen Klärung gesetzt wird, desto besser muss indes gewährleistet werden, dass interne Meldesysteme (ggf. mithilfe einer Verlagerung auf spezielle externe Stellen) dem Standard entsprechen, der es für Arbeitnehmer zumutbar macht, sich an diese zu halten.

<sup>63</sup> Kraushaar, in: NK-Arbeitsrecht (Fn. 55), § 612 a BGB Rn. 32.; a.A. Verfasser des Whistleblower-Schutzgesetzes in der Gesetzesbegründung mit dem Argument, dass auch ein subjektiver Maßstab eine echte Überzeugung voraussetzt. (BT-Drs. 18/3039, S. 15).

<sup>64</sup> In der Begründung des BeamStG wird ausdrücklich die redliche Absicht erwähnt, die bei der Anzeige eines Korruptionsverdacht vorliegen muss (BT-Drs. 16/4027); S. auch Sasse, NZA 2008, 990, 992.

<sup>65</sup> So auch der Deutsche Gewerkschaftsbund bei der Anhörung der Sachverständigen zum Whistleblower-Schutzgesetz (BT-Drs. 18/5148, S. 6).

<sup>66</sup> So auch Kraushaar, in: NK-Arbeitsrecht (Fn. 55), § 612 a BGB Rn. 32.

<sup>67</sup> Kraushaar, in: NK-Arbeitsrecht (Fn. 55), § 612 a BGB Rn. 32.

<sup>68</sup> Kraushaar, in: NK-Arbeitsrecht (Fn. 55), § 612 a BGB Rn. 32.

Dr. Konstantin Seifert LL.B.\*

# Kartellschadensersatz

## Eine Einführung

### A. Überblick

Seit Einführung der Kronzeugenregelungen durch das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission<sup>1</sup> hat sich die Anzahl aufgedeckter Kartelle in Deutschland und auf Europäischer Ebene deutlich erhöht.<sup>2</sup> Gleichzeitig stiegen auch die von den Behörden verhängten Bußgelder deutlich an, so dass mittlerweile (Gesamt-)Bußgelder im dreistelligen Millionenbereich und darüber hinaus keine Seltenheit mehr sind.<sup>3</sup> Das „Public Enforcement“, also die Durchsetzung des Kartellrechts durch die Kartellbehörden, ist offenbar wirksamer denn je.

Doch dabei bleibt es nicht. So hat der Europäische Gerichtshof in den Jahren 2001 („*Courage/Crehan*“<sup>4</sup>) und 2006 („*Manfredi*“<sup>5</sup>) zwei grundlegende Entscheidungen dazu erlassen, dass es zur vollen praktischen Wirksamkeit des europäischen Kartellverbots (heute Art. 101 AEUV) erforderlich sei, dass jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Verstoß entstanden sei. Dieses „Private Enforcement“ durch Geschädigte trete als zweite wichtige Säule neben das „Public Enforcement“ durch die Kartellbehörden. Die Einrichtung und Umsetzung der Schadensersatzansprüche blieb den nationalen Gesetzgebern überlassen.

Der deutsche Gesetzgeber hat im Zuge dieser Entwicklungen die Regelungen für kartellrechtlichen Schadensersatz immer weiter ausgebaut, zuletzt im Rahmen der jüngst am 9. Juni 2017 in Kraft getretenen 9. GWB-Novelle, die unter anderem der Umsetzung der Europäischen Schadensersatzrichtlinie aus dem Jahr 2014<sup>6</sup> diene.

Bei der Ausgestaltung der Regelungen durch den Gesetzgeber und deren (zukünftige) Auslegung durch die Gerichte waren und sind eine Reihe von Spannungsfeldern zu beachten. So soll zwar ausdrücklich die erfolgreiche Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch Kartellgeschädigte erleichtert werden; gleichwohl darf die praktische Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme (etwa durch Einsichtsrechte der Geschädigten) nicht eingeschränkt werden, damit auch zukünftig Kartelle aufgedeckt (und dadurch überhaupt erst Schadensersatzansprüche ermöglicht) werden. Zudem müssen die Interessen der Kartellbeteiligten bspw. an einem Schutz von Betriebsgeheimnissen beachtet und die Praktikabilität der Regelungen für die gerichtliche Bearbeitung einer immer größeren Anzahl von Schadensersatzverfahren gewahrt werden. Bei der Abwägung dieser Interessen stehen der deutsche Gesetzgeber (und die deutsche Rechtsprechung) zudem in einem gewissen Wettbewerbsverhältnis mit anderen europäischen Gerichtsstandorten.<sup>7</sup> Denn gerade bei europaweiten Kartellverstößen haben die Geschädigten oft die Wahl, in welchem Mitgliedstaat sie ihre Schadensersatzansprüche gerichtlich geltend machen.<sup>8</sup> Hierbei spielen neben Praktikabilitäts Erwägungen die Verfahrenskosten und insbesondere natürlich die

Erfolgsaussichten eine maßgebliche Rolle. Die Schadensersatzrichtlinie hat zwar bestimmte Mindeststandards für die Ausgestaltung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche vorgegeben, die in den Mitgliedstaaten umzusetzen waren. Gleichwohl verblieben für die Mitgliedstaaten erhebliche Spielräume, insbesondere um noch weitergehende, klägerfreundlichere Regelungen zu treffen.

Deutschland stand in diesem Vergleich mit anderen mitgliedstaatlichen Regelungen zu kartellrechtlichem Schadensersatz bereits vor der 9. GWB-Novelle gut da. Für die Zukunft ist zu erwarten, dass Deutschland seine Position als attraktiver Gerichtsstandort<sup>9</sup> weiter festigen wird – nicht zuletzt auch, weil der bislang ebenfalls wichtige Gerichtsstand in London<sup>10</sup> angesichts des Brexit-Verfahrens an Bedeutung verlieren dürfte. Für von Kartellen geschädigte deutsche Unternehmen sind das gute Nachrichten: Sie können ihre Schadensersatzansprüche mit guten Erfolgsaussichten vor deutschen Gerichten geltend machen, ohne sich in eine fremde Rechtsordnung begeben zu müssen. Vorbereitungen und Besprechungen mit Anwälten und Wettbewerbsökonominnen und das gerichtliche Verfahren können auf Deutsch geführt werden.

### B. Ablauf

Für die Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche und deren Vorbereitung gelten einige Besonderheiten.

#### I. Die Berater

Geschädigte benötigen zur (gerichtlichen) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen juristische und ökonomische

\* Der Autor ist Salary Partner bei Corinius LLP in Hamburg im Bereich Competition.

<sup>1</sup> Erste Kronzeugenregelungen sind in Deutschland seit 2000 und in der Europäischen Union seit 2002 in Kraft; praktisch noch bedeutsamer wurden sie durch die Neuregelungen im Jahr 2006.

<sup>2</sup> Vgl. [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/kartellverbot\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/kartellverbot_node.html); <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

<sup>3</sup> Vgl. z. B. die vom Bundeskartellamt seit 2009 geahndeten Kartelle i. S. Kaffee (159 Mio. EUR), Brillengläser (115 Mio. EUR), Schienen-DB (135 Mio. EUR), Zucker (282 Mio. EUR), Wurst (339 Mio. EUR) und Bier (338 Mio. EUR) und die von der Europäischen Kommission geahndeten Kartelle i. S. Lkw (2,9 Mrd. EUR), Autoglas (1,2 Mrd. EUR), Bildröhren (1,4 Mrd. EUR) und Aufzüge (832 Mio. EUR).

<sup>4</sup> EuGH, Rs. C-453/99 – *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297, Rn. 24 ff.

<sup>5</sup> EuGH, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04 – *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619, Rn. 58 ff.

<sup>6</sup> [7] Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union („Schadensersatz-RL“).

<sup>7</sup> S. hierzu *Wurmnest*, NZKart 2017, 2 f.

<sup>8</sup> Maßgeblich hierfür sind Art. 4-8 EuGVVO (VO 1215/2012).

<sup>9</sup> *Wurmnest*, NZKart 2017, 2, 8.

<sup>10</sup> So z. B. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drucks. 18/12760, S. 41.



Berater. Auf Anwaltsseite scheiden die sog. Großkanzleien häufig aus, weil sie eine Positionierung gegen die Kartellbeteiligten vermeiden wollen oder aus Konfliktgründen müssen oder sie einen der Kartellbeteiligten sogar bereits im vorangegangenen Bußgeldverfahren als Verteidiger vertreten haben. Der Angriff ist daher eher die Domäne spezialisierter, kleiner und mittelgroßer Kartellrechtspraxen.

Wettbewerbsökonominnen werden in der Regel benötigt, um die kartellbedingte Überhöhung der Preise zu begutachten und insbesondere eine Grundlage für die richterliche Schadensschätzung zu erarbeiten. In den letzten Jahren haben sich eine Reihe privatwirtschaftlicher Beratungsunternehmen sowie Lehrstühle bzw. Universitätsinstitute auf diese Tätigkeit spezialisiert.

Darüber hinaus kann es sich empfehlen, einen Prozessfinanzierer einzuschalten. Hierbei handelt es sich um Unternehmen, die die Finanzierung der gutachterlichen Aufbereitung und (gerichtlichen) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Einräumung einer prozentualen Beteiligung übernehmen. Hierdurch spart der Geschädigte nicht nur Liquidität; er kann sich auch gegen das wirtschaftliche Risiko absichern, am Ende eines langwierigen und kostspieligen Rechtsstreits kostenpflichtig zu unterliegen.

## II. Die Vorbereitung

Da nur Geschädigten Schadensersatzansprüche zustehen, ist in einem ersten Schritt zu klären, ob der potenziell Geschädigte die vom Kartell betroffenen Produkte im betroffenen Zeitraum bezogen hat. Dieser Bezug kann entweder direkt oder indirekt über eine oder sogar mehrere dazwischengeschalteten Händlerstufen erfolgen, wobei im letzteren Fall nur dann Ansprüche in Betracht kommen, wenn davon auszugehen ist, dass die Zwischenhändler den kartellbedingten Preisaufschlag ihrerseits eingepreist und so schließlich auf den potenziell Geschädigten abgewälzt haben.

Sobald feststeht, in welchem Umfang die kartellbefangenen Produkte bezogen wurden, kann eine erste – sehr grobe – Potenzialschätzung erfolgen, indem der Umfang mit einer durchschnittlichen kartellbedingten Preisüberhöhung multipliziert wird. Hierzu existieren einige (Meta-)Studien,<sup>11</sup> die – auch wenn sie sich zum Schadensnachweis oder zur Berechnung der Schadenshöhe im Einzelfall nicht eignen, da stets individuelle Faktoren zu berücksichtigen sind – einen pauschalen Ansatz von 5-10% für eine erste grobe (und konservative) Schätzung als plausibel erscheinen lassen.

Auf Grundlage dieser ersten Schätzung wird entschieden, ob und mit welchem Aufwand die Geltendmachung möglicher Schadensersatzansprüche sinnvoll ist. Angesichts der zu erwartenden Kosten für juristische und ökonomische Berater (sowie ggf. gerichtliche Kosten) muss vermieden werden, mit „Kanonen auf Spatzen“ zu schießen. Bei einem geringen Rückforderungspotenzial und einer bestehenden Lieferbeziehung zu den Kartellbeteiligten kann es sich u. U. eher anbieten, das Thema bei den nächsten Vertragsverhandlungen oder Preisrunden auf die Tagesordnung zu setzen (und „einzupreisen“<sup>12</sup>) als die Ansprüche gesondert geltend zu machen. In Betracht kommt aber auch eine Bündelung von Ansprüchen

mehrerer, jeweils in geringerem Umfang Geschädigter, um auf diese Weise die Wirtschaftlichkeitsschwelle zu erreichen.

Sofern nach der ersten Schätzung hingegen ein höheres Rückforderungspotenzial im Raum steht, sind nun Wettbewerbsökonominnen hinzuzuziehen, um eine belastbare und auf den Einzelfall abgestimmte Untersuchung der möglichen Schadenshöhe vorzunehmen. Dies setzt in der Regel eine (mitunter aufwändige) Datenaufbereitung beim Geschädigten voraus. Unter Umständen ist daher auch bereits in diesem Stadium über die Hinzuziehung eines Prozessfinanzierers zu entscheiden, der im Einzelfall auch die vorbereitende Prüfung von Ansprüchen finanzieren kann.

Parallel dazu gilt es, die Funktionsweise des Kartells möglichst genau in Erfahrung zu bringen. Denn hieraus ergeben sich Erkenntnisse über den sachlichen, räumlichen und zeitlichen Umfang des Kartells, über die betroffenen Beschaffungsvorgänge und im Einzelfall über den Umfang der kartellbedingten Preisüberhöhung.

Wurde das Kartell vom Bundeskartellamt geahndet, werden die maßgeblichen Informationen zum Kartell seit der 9. GWB-Novelle gem. § 53 Abs. 5 GWB auf der Internetseite des Bundeskartellamts veröffentlicht. Gleichwohl werden Geschädigte auch in Zukunft – schon aus Vorsicht – nicht darauf verzichten können, gem. § 406e StPO i. V. m. § 46 OWiG Einsicht in den Bußgeldbescheid zu nehmen, aus dem sich möglicherweise über die Veröffentlichung hinausgehende Informationen gewinnen lassen. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Einsicht auch in weitere Bestandteile der Bundeskartellamtsakte nach der 9. GWB-Novelle (also seit dem 9. Juni 2017) möglich bleibt, ist noch nicht geklärt.<sup>13</sup> Denn mit der 9. GWB-Novelle sollte die Informationsgewinnung des Geschädigten vorrangig nicht mehr bei der Behörde, sondern bei den Schädigern erfolgen, wozu in § 33g GWB ein materiell-rechtlicher Auskunfts- und Herausgabeanpruch geschaffen wurde. Welchen praktischen Nutzen dieser Anspruch (der wiederum angesichts der zu erwartenden Gegenwehr der Geschädigten im Regelfall wird gerichtlich durchgesetzt werden müssen) für den Schädiger hat, bleibt abzuwarten. Im laufenden (Schadensersatz-)Verfahren kann überdies – subsidiär – gem. § 89c GWB beantragt werden, dass das Zivilgericht das Bundeskartellamt um Übersendung der Verfahrensakten ersucht. Auch hierfür gilt allerdings eine Reihe von Anforderungen, die noch nicht gerichtlich getestet wurden.<sup>14</sup> Klar ist allerdings, dass – wie bislang<sup>15</sup> – eine

<sup>11</sup> Insbesondere die von Oxera Consulting Ltd. im Auftrag der Europäischen Kommission erstellte Studie „Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts“, 2009; s. hierzu auch *Ohlhoff*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker (Hrsg.), *Kartellverfahren und Kartellprozess*, 2017, § 26 Rn. 166.

<sup>12</sup> Z. B. in Form eines Anspruchsverzichts gegen Gewährung eines Sonderabatts oder sonstigen Preisvorteils.

<sup>13</sup> S. ausf. *Seifert*, NZKart 2017, 512, 516 f.

<sup>14</sup> S. ausf. *Seifert*, NZKart 2017, 512, 513 ff.

<sup>15</sup> Vgl. Bundeskartellamt, Bonusregelung 2006, Rn. 22; grundlegend AG Bonn, 18.1.2012, 51 Gs 53/09, Rn. 21 ff. – zitiert nach juris; OLG Düsseldorf, 22.8.2012, V-4 Kart 5/11 (OWi) u. a., Rn. 45 ff. – zitiert nach juris; *Gey*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker (Hrsg.) (Fn. 10), § 18 Rn. 274-279; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2015, S. 370 ff.

Einsicht in die Kronzeugenanträge und deren Begleitdokumentation nicht gewährt wird.<sup>16</sup>

Falls das Kartell von der Europäischen Kommission geahndet wurde, erfolgt ebenfalls eine Veröffentlichung des Fallberichts auf der Internetseite der Kommission. Eine weitere Akteneinsicht ist nach der VO 1049/2001 prinzipiell möglich; allerdings stellt die Kommission (bestätigt durch die Europäischen Gerichte) hohe Anforderungen an die Substantiierung des Bedürfnisses nach weiterer Akteneinsicht. Als ein möglicher Weg wird vorgeschlagen, dass zunächst eine Einsicht in das Inhaltsverzeichnis der Akte beantragt wird, um auf der Grundlage dann genauer begründen zu können, ob und in welche Teile der Akte eine zusätzliche Einsicht für die erfolgreiche Geltendmachung der Schadensersatzansprüche erforderlich ist.<sup>17</sup>

### III. Die Geltendmachung und Durchsetzung von Ansprüchen

In der Regel werden Ansprüche nicht sofort gerichtlich geltend gemacht, sondern es wird versucht, eine außergerichtliche Einigung zu erzielen. Um der Vorbereitung entsprechender Gespräche mehr Zeit zu geben, können Verjährungsverzichtsvereinbarungen abgeschlossen oder ein Mahn- (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB) oder Schlichtungsverfahren (z. B. bei der Öffentlichen Rechtsauskunfts- und Vergleichsstelle in Hamburg,<sup>18</sup> § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB) eingeleitet werden. Während der laufenden Verhandlungen ist die Verjährung ohnehin nach § 203 BGB gehemmt.

Führen die Verhandlungen nicht zu einer vergleichsweisen Einigung, müssen die Ansprüche gerichtlich geltend gemacht werden. Ausschließlich zuständig sind gem. § 87 GWB die Landgerichte, die von den einzelnen Bundesländern jeweils speziell durch Rechtsverordnung auf Grundlage von § 89 GWB insgesamt oder für einzelne Oberlandesgerichtsbezirke bestimmt wurden.<sup>19</sup> Die örtliche Zuständigkeit besteht am Sitz des beklagten Schädigers (§§ 12, 17 ZPO) sowie außerdem am deliktischen Gerichtsstand (§ 32 ZPO). Der deliktische Gerichtsstand ist sowohl am Handlungs- als auch am Erfolgsort eröffnet. Während ersterer mitunter nicht eindeutig zu bestimmen ist (wenn die Kartellvereinbarungen an vielen Orten oder etwa telefonisch getroffen wurden und sich kein Schwerpunkt erkennen lässt und sich daher ggf. mehrere Optionen ergeben), hat sich als Erfolgsort der Ort des Vermögensschadens durchgesetzt, d. h. der Sitz des Geschädigten.<sup>20</sup> Hierdurch besteht für kartellrechtliche Schadensersatzverfahren in gewisser Weise ein Klägerechtsstand.

Die Kartellbeteiligten haften für den durch das Kartell verursachten Schaden als Gesamtschuldner. Es reicht daher aus, einen (solventen) Schädiger zu verklagen. Dieser wird zwar ohnehin den übrigen Kartellbeteiligten den Streit verkünden (um später anteilig dort Regress zu nehmen), so dass diese in aller Regel auch aktiv am Verfahren teilnehmen werden. Dennoch ist dies oft deshalb vorzugswürdig, weil seit der 9. GWB-Novelle die Kosten der Streitverkündung für kartellrechtliche Schadensersatzverfahren gem. § 89a Abs. 3 GWB gedeckelt sind – was für mehrere *Beklagte* hingegen nicht gilt.

## C. Rechtslage

Unabhängig davon, ob es sich um einen Verstoß gegen deutsches (§ 1 GWB) oder europäisches Kartellrecht (Art. 101 AEUV) handelt und ob das Bundeskartellamt oder die Europäische Kommission (oder auch die Wettbewerbsbehörde eines anderen EU-Mitgliedstaats) den Verstoß festgestellt und geahndet hat, ergibt sich der Schadensersatzanspruch des Geschädigten aus § 33a Abs. 1 GWB bzw. für die Zeit vor Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle am 9. Juni 2017 aus § 33 Abs. 3 GWB a. F.

Der Anspruch setzt danach einen Kartellverstoß, ein Verschulden der Kartellbeteiligten und einen kausalen Schaden voraus. Zudem stellt sich angesichts der oft sehr langjährigen Laufzeit von Kartellen die Frage der Verjährung.

### I. Verstoß

Grundsätzlich ist der Geschädigte für das Vorliegen eines Kartellverstoßes darlegungs- und beweispflichtig. Angesichts dessen, dass Kartelle naturgemäß geheimgehalten werden, ist dem Geschädigten dieser Nachweis nur selten möglich. Dies hat auch der Gesetzgeber anerkannt und dem Geschädigten bereits mit der 7. GWB-Novelle eine wesentliche Erleichterung an die Hand gegeben. So gilt der Kartellverstoß mit Ahndung durch die Kartellbehörde auch für das Schadensersatzverfahren als bindend (und unwiderleglich) festgestellt (heute geregelt in § 33b GWB). In Follow-on-Verfahren, d. h. Schadensersatzverfahren, die auf Grundlage vorangegangener Bußgeldverfahren betrieben werden, stellt sich daher die Frage nach dem Vorliegen eines Kartellverstoßes nicht.

### II. Verschulden

Der Kartellverstoß muss schuldhaft, d. h. vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sein. Da das Unternehmen nicht selbst handeln kann, erfolgt die Zurechnung des Handelns leitender Angestellter nach § 31 BGB. Angesichts dessen, dass es sich bei den bebußten Kartellverstößen in der Regel um Preisabsprachen oder Kunden- bzw. Gebietsaufteilungen oder Absprachen bei Ausschreibungen handelt, deren Unzulässigkeit hinlänglich bekannt ist (was sich auch an den üblichen Geheimhaltungsbemühungen der Kartellbeteiligten ablesen lässt), steht das Verschulden normalerweise nicht in Frage und wird in Entscheidungen zu Kartellschadensersatz auch kaum diskutiert.<sup>21</sup> Mitunter wird das Verschulden auch als von der Bindungswirkung nach § 33a GWB erfasst angesehen<sup>22</sup> oder – zumindest bei Hardcore-Verstößen – eine Umkehr der Darlegungs- oder Beweislast erwogen.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> § 89c Abs. 4 S. 1 Nr. 1 GWB.

<sup>17</sup> Vgl. *Badtke*, WuW 2016, 276, 281; *Hempel*, EuZW 2014, 297, 300.

<sup>18</sup> S. hierzu BGH, 22.9.2009, XI ZR 230/08, Rn. 13 – zitiert nach juris.

<sup>19</sup> S. z. B. die Übersicht bei *Bornkamm*, in: *Langen/Bunte*<sup>12</sup>, 2014, § 89 Rn. 4.

<sup>20</sup> OLG Düsseldorf, 18.2.2015, VI-U (Kart) 3/14, Rn. 182 f. – zitiert nach juris.

<sup>21</sup> Z. B. OLG Jena, 22.2.2017, 2 U 583/15 Kart, Rn. 89 – zitiert nach juris; LG München, 27.7.2016, 37 O 24526/14, Rn. 88 – zitiert nach juris.

<sup>22</sup> Z. B. LG Erfurt, 3.7.2015, 3 O 1050/14, S. 8 (nicht bei juris); LG Hannover, 31.5.2016, 18 O 259/14, Rn. 29 – zitiert nach juris.

<sup>23</sup> *Ohlhoff* (Fn. 10), § 26 Rn. 114.

### III. Schaden

Angesichts dessen, dass der Kartellverstoß durch den Bußgeldbescheid bindend festgestellt ist und das Verschulden in der Regel nicht in Frage steht, kommt es maßgeblich darauf an, ob der Anspruchsteller durch den Kartellverstoß einen Schaden erlitten hat und welche Höhe dieser Schaden hat.

Die Prüfung des Schadens erfolgt in mehreren Schritten. Zunächst muss der Kläger durch den Kartellverstoß betroffen sein. Dies setzt jedenfalls voraus, dass er zum Kreis der anspruchsberechtigten Marktteilnehmer gehört und deshalb aktivlegitimiert ist. Darüber hinaus muss er darlegen, dass die von ihm konkret getätigten Beschaffungsvorgänge kartellbefangen waren, also durch die Kartellabsprachen beeinflusst waren, weil sie in den zeitlichen, sachlichen und räumlichen Bereich der Absprachen fielen. Und schließlich muss sich das Kartell in Hinblick auf diese Beschaffungsvorgänge preissteigernd ausgewirkt haben.

Anschließend kann die Höhe des Schadens gem. § 287 ZPO geschätzt werden.

#### 1. Betroffenheit (Aktivlegitimation)

Ansprüche stehen nur solchen Anspruchstellern zu, die von dem Kartellverstoß überhaupt betroffen waren. Es ist geklärt, dass dies keine Zielgerichtetheit des Kartellverstoßes gerade gegen den Anspruchsteller voraussetzt.<sup>24</sup> Bei unmittelbaren Abnehmern der Kartellbeteiligten wird die Betroffenheit daher ohne große Erörterung festgestellt.<sup>25</sup>

Auch mittelbare Abnehmer (d. h. solche, die das kartellbefangene Produkt nicht direkt von den Kartellbeteiligten, sondern über zwischengeschaltete Marktstufen wie z. B. Großhändler erworben haben) sind grundsätzlich anspruchsberechtigt, sofern die kartellbedingte Preisüberhöhung von den unmittelbaren Abnehmern eingepreist und somit letztlich von den unmittelbaren Abnehmern gezahlt wurde (sog. Passing-on).<sup>26</sup> Für die Betroffenheit als Teil der haftungsbegründenden Kausalität gilt der Maßstab des Vollbeweises nach § 286 ZPO.<sup>27</sup> In der Vergangenheit sind mittelbare Abnehmer an dem erforderlichen Nachweis einer Abwälzung des Schadens bereits gescheitert.<sup>28</sup> Seit der 9. GWB-Novelle hilft dem mittelbaren Abnehmer allerdings eine Vermutungsregel in § 33c Abs. 2 GWB. Hiernach wird (für Verstöße ab dem 27. Dezember 2016, vgl. § 186 Abs. 3 S. 1 GWB) zugunsten des mittelbaren Abnehmers vermutet, dass eine auf der vorgelagerten Marktstufe erfolgte kartellbedingte Preisüberhöhung auf ihn abgewälzt wurde. Nunmehr muss daher der Schädiger darlegen und beweisen, dass eine Abwälzung nicht stattgefunden hat.

Daneben können selbst solche Unternehmen durch das Kartell geschädigt sein, die nicht von den Kartellbeteiligten, sondern anderen, nicht am Kartell beteiligten Anbietern abgenommen haben. Was zunächst widersprüchlich klingt, findet seine Begründung in der Überlegung, dass – unter bestimmten Voraussetzungen – auch die Wettbewerber der Kartellbeteiligten ihre Preise an das kartellbedingt überhöhte Preisniveau anpassen werden. Dieser sog. Umbrella- oder Preisschirmeffekt ist von der Rechtsprechung anerkannt.<sup>29</sup>

#### 2. Befangenheit der Beschaffungsvorgänge

Ein Schaden setzt außerdem voraus, dass die konkreten Beschaffungsvorgänge des Anspruchstellers kartellbefangen waren, d. h. sie von den Kartellabsprachen erfasst waren. Der Geschädigte ist hierfür grundsätzlich darlegungs- und beweispflichtig, wobei nach der neueren Rechtsprechung hierfür bereits der Maßstab des § 287 ZPO gilt.<sup>30</sup> Der Geschädigte muss jedenfalls nicht darlegen oder beweisen, dass es eine kartellrechtswidrige Absprache gerade in Bezug auf seine Beschaffungsvorgänge gab. Denn oft sind die Absprachen allgemeiner Art oder basieren auf einer Grundabrede, so dass eine besondere Absprache in Bezug auf einzelne Beschaffungsvorgänge gar nicht erforderlich ist.<sup>31</sup> Die Rechtsprechung hat daher einen Anscheinsbeweis entwickelt, nach dem von einer Kartellbefangenheit der Beschaffungsvorgänge auszugehen ist, wenn sie in den (von der Kartellbehörde in der Regel bindend festgestellten) zeitlichen, räumlichen und sachlichen Bereich des Kartells fallen.<sup>32</sup> Die Kartellbeteiligten müssen, um diesen Anschein zu erschüttern, vortragen, warum es sich um einen atypischen Beschaffungsvorgang handelt, der ausnahmsweise von den Kartellabsprachen auf dem Markt nicht beeinflusst worden sein soll.<sup>33</sup>

Daneben hat sich eine weitere – überzeugende – Strömung in der Rechtsprechung entwickelt, nach der es auf diesen Anscheinsbeweis schon gar nicht ankomme. Denn die Befangenheit der Beschaffungsvorgänge ergebe sich bereits als logische Folge daraus, dass aufgrund des Kartells in der Regel von einer Erhöhung des Marktpreisniveaus insgesamt ausgegangen werden könne.<sup>34</sup> Nach dieser Auffassung kommt es also nur auf die sogleich erörterte Voraussetzung der Erhöhung des Preisniveaus an.<sup>35</sup>

<sup>24</sup> BGH, 28.6.2011, KZR 75/10, Rn. 16 f. – zitiert nach juris; KG Berlin, 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart, Rn. 24 ff. – zitiert nach juris; LG Dortmund, 1.4.2004, 12 O 55/02 Kart, Rn. 17 – zitiert nach juris.

<sup>25</sup> Z. B. LG Dortmund, 21.12.2016, 8 O 90/14 (Kart), Rn. 82 f. – zitiert nach juris; LG Mannheim, 30.10.2015, 7 O 45/15 Kart, S. 5 (nicht bei juris).

<sup>26</sup> BGH, 28.6.2011, KZR 75/10, Rn. 23 ff. – zitiert nach juris.

<sup>27</sup> BGH, 12.7.2016, KZR 25/14, Rn. 47 – zitiert nach juris; OLG Düsseldorf, 29.1.2014, VI-U (Kart) 7/13, Rn. 78 – zitiert nach juris; LG Düsseldorf, 19.11.2015, 14d O 4/14, Rn. 212 f. – zitiert nach juris.

<sup>28</sup> LG Düsseldorf, 19.11.2015, 14d O 4/14, Rn. 209 ff. – zitiert nach juris; eine Abwälzung dem Grunde nach bejahend aber z. B. LG Frankfurt, 30.3.2016, 2-06 O 464/14, Rn. 139 ff. – zitiert nach juris.

<sup>29</sup> Grundlegend EuGH, Rs. C-557/12 – *KONE*, Rn. 29 ff.; OLG Karlsruhe, 9.11.2016, 6 U 204/15 Kart, Rn. 67 – zitiert nach juris; OLG Jena, 22.2.2017, 2 U 583/15 Kart, Rn. 66 – zitiert nach juris.

<sup>30</sup> BGH, 12.7.2016, KZR 25/14, Rn. 42-46 – zitiert nach juris; OLG Düsseldorf, 29.1.2014, VI-U (Kart) 7/13, Rn. 76-81 – zitiert nach juris; *Kirchhoff*, WuW 2017, 487, 491.

<sup>31</sup> LG Erfurt, 3.7.2015, 3 O 1050/14, S. 8 f. (nicht bei juris); LG Mannheim, 29.4.2016, 7 O 206/14 Kart., S. 7 f. (nicht bei juris).

<sup>32</sup> Z. B. LG Berlin, 16.12.2014, 16 O 384/13 Kart, Rn. 51 ff. – zitiert nach juris; OLG Jena, 22.2.2017, 2 U 583/15 Kart, Rn. 69 – zitiert nach juris; kritisch im konkreten Fall aber LG Düsseldorf, 8.9.2016, 37 O 27/11 (Kart), Rn. 229 ff. – zitiert nach juris.

<sup>33</sup> Z. B. OLG Jena, 22.2.2017, 2 U 583/15 Kart, Rn. 70 – zitiert nach juris; LG Frankfurt, 30.3.2016, 2-06 O 464/14, Rn. 110 ff. – zitiert nach juris.

<sup>34</sup> Z. B. LG Hannover, 31.5.2016, 18 O 259/14, Rn. 37, 42 ff. – zitiert nach juris; LG Mannheim, 30.10.2015, 7 O 34/15 Kart, S. 7 (nicht bei juris).

<sup>35</sup> LG Dortmund, 21.12.2016, 8 O 90/14 (Kart), Rn. 113 ff., 121 ff. – zitiert nach juris.



### 3. Kartellbedingte Preisüberhöhung

Der Schadenseintritt setzt naturgemäß voraus, dass die für die kartellierten Produkte gezahlten Preise höher waren als sie ohne Kartellverstoß, also im Wettbewerb, gewesen wären.

Für den Schadenseintritt gilt nicht der Maßstab des Vollbeweises nach § 286 ZPO, sondern die Beweismaßerleichterung nach § 287 ZPO, nach der es ausreicht, wenn eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit vorliegt, dass ein Schaden entstanden ist.<sup>36</sup> Die Rechtsprechung hilft dem Geschädigten hierüber hinaus dadurch, dass sie – wie soeben bereits angesprochen – einen Anscheinsbeweis für das Vorliegen einer kartellbedingten Preiserhöhung etabliert hat, nach dem bei Hardcore-Kartellen wie Quotenabsprachen, Kunden- und Marktaufteilungen und Preisabsprachen im Regelfall von einer Preiserhöhung auszugehen ist.<sup>37</sup> Dieser Anschein ist dabei umso schwieriger zu erschüttern, je länger und flächendeckender das Kartell betrieben wurde.<sup>38</sup> Die Kartellbeteiligten legen zur Erschütterung oftmals ihrerseits ökonomische Gutachten vor, aus denen sich ergeben soll, dass das Kartell letztlich ein „untauglicher Versuch“ gewesen sei, sich also auf die Preise der Abnehmer nicht ausgewirkt habe. Erfolgreich sind sie hiermit – soweit ersichtlich – bislang nicht gewesen.<sup>39</sup> Abstrakte Studien ohne Bezug zum konkreten Fall reichen jedenfalls nicht aus.<sup>40</sup> Es stellt sich auch die Frage, warum über einen langen Zeitraum unter großer Geheimhaltung und mit einigem organisatorischem Aufwand bei gleichzeitig erheblichem Risiko empfindlicher Geldbußen ein Kartell betrieben worden sein sollte, wenn die Beteiligten hiervon keinen finanziellen Vorteil gehabt hätten.<sup>41</sup>

Mit der 9. GWB-Novelle wurde in § 33a GWB eine Schadensvermutung eingeführt. Die Vermutung ersetzt den bisherigen Anscheinsbeweis für das Vorliegen einer preissteigernden Wirkung des Kartells.<sup>42</sup> Dies führt dazu, dass zukünftig (für Verstöße ab dem 27. Dezember 2016, vgl. § 186 Abs. 3 S. 1 GWB) nicht schon die Erschütterung des Anscheins ausreicht, sondern die Vermutung vom Schädiger durch Erbringung des Gegenbeweises widerlegt werden muss. Es genügt daher nicht, einen atypischen Sachverhalt vorzutragen, bei dem der Schluss vom Vorliegen des Kartells auf seine preissteigernde Wirkung nicht mehr wie im Regelfall gezogen werden kann, sondern es muss der Vollbeweis (§ 286 ZPO) erbracht werden, dass das Kartell keine Preisüberhöhung und damit keinen Schaden erzeugt hat.<sup>43</sup> Dies dürfte den Kartellbeteiligten noch schwerer fallen als bislang die Erschütterung des Anscheinsbeweises.

### 4. Schadenshöhe

Auch die Höhe des Schadens muss vom Geschädigten nicht zur Gewissheit des Gerichts bewiesen werden (§ 286 ZPO). Vielmehr reicht es aus, Anknüpfungspunkte für eine richterliche Schadensschätzung (§ 287 ZPO) vorzulegen, damit diese Schätzung nicht „völlig in der Luft hängt“. <sup>44</sup> Die Geschädigten tun dies in der Regel, indem sie ein wettbewerbsökonomisches Gutachten eines Parteigutachters vorlegen (zum Inhalt sogleich).

Nicht selten legen die Kartellbeteiligten wiederum Gegengutachten ihrer eigenen Parteigutachter vor. Angesichts des – wenig strengen – Maßstabs des § 287 ZPO müssen sie damit allerdings nicht bloße Zweifel an der Richtigkeit der vom Geschädigten vorgelegten Berechnungen und Ergebnisse wecken; die Zweifel müssen vielmehr so schwerwiegend und so grundlegend sein, dass das klägerische Parteigutachten nicht einmal als (valider) Anknüpfungspunkt für die richterliche Schätzung angesehen werden kann.<sup>45</sup> Je nach Komplexität des Falles und der vorgelegten Gutachten wird sich das Gericht die Beurteilung dieser Frage selbst zutrauen<sup>46</sup> bzw. sie einem gerichtlichen Sachverständigen vorlegen.

Geklärt ist jedenfalls, dass die Angabe eines Mindestschadens für die Zulässigkeit einer Zahlungsklage auf kartellrechtlichen Schadensersatz ausreicht.<sup>47</sup> Der pauschale Ansatz einer bspw. zehn- oder zwanzigprozentigen Überhöhung, die sich aus verschiedenen abstrakten (Meta-)Studien zur üblicherweise bestehenden Kartellrendite in einer Reihe von ausgewerteten Fällen ergibt, reicht mangels konkreten Bezug zum zu entscheidenden Fall hingegen nicht aus.<sup>48</sup> Anders liegt es, wenn ein solcher (widerleglicher) Pauschalbetrag in den AGB mit dem Lieferanten für den Fall eines Kartellverstoßes vereinbart wurde; hierzu ist die Rechtsprechung überwiegend recht wohlwollend.<sup>49</sup>

Bei den gutachterlichen Berechnungen zur Schadenshöhe geht es um die Ermittlung eines sog. hypothetischen Wettbewerbspreises, also desjenigen Preises, der ohne Kartellverstoß gezahlt worden wäre (daher auch als „also-ob“-Preis

<sup>36</sup> BGH, 12.7.2016, KZR 25/14, Rn. 41 ff. – zitiert nach juris; OLG Düsseldorf, 29.1.2014, VI-U (Kart) 7/13, Rn. 76 ff. – zitiert nach juris; LG München, 27.7.2016, 37 O 24526/14, Rn. 89 – zitiert nach juris.

<sup>37</sup> Grundlegend (allerdings in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren) BGH, 28.6.2005, KRB 2/05, Rn. 20 f. – zitiert nach juris; LG Dortmund, 1.4.2004, 13 O 55/02 Kart, Rn. 19; KG Berlin, 1.10.2009, 2 U 17/03 Kart, Rn. 58 – zitiert nach juris; OLG Frankfurt, 17.11.2015, 11 U 73/11 (Kart), Rn. 49 ff. – zitiert nach juris (als Schadensvermutung bezeichnet); OLG Karlsruhe, 9.11.2016, 6 U 204/15 Kart, Rn. 63 – zitiert nach juris.

<sup>38</sup> LG Berlin, 6.8.2013, 16 O 193/11 Kart., Rn. 59 – zitiert nach juris; OLG Jena, 22.2.2017, 2 U 583/15 Kart, Rn. 67 f. – zitiert nach juris; vgl. auch BGH, 26.2.2013, KRB 20/12, Rn. 76 – zitiert nach juris.

<sup>39</sup> Vgl. z. B. LG München, 27.7.2016, 37 O 24526/14, Rn. 98 – zitiert nach juris; LG Hannover, 31.5.2016, 18 O 259/14, Rn. 46 – zitiert nach juris; vgl. aber auch KG Berlin, 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart, Rn. 92 – zitiert nach juris (Erschütterung wegen atypischer Preisentwicklung).

<sup>40</sup> LG Düsseldorf, 19.11.2015, 14d O 4/14, Rn. 206 – zitiert nach juris.

<sup>41</sup> So auch LG Mannheim, 30.10.2015, 7 O 34/15 Kart, S. 7 (nicht bei juris).

<sup>42</sup> BegrRegE, BT-Drucks. 18/10207, S. 55.

<sup>43</sup> Kersting, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 7 Rn. 55 f.

<sup>44</sup> BGH, 22.5.2003, IX ZR 159/01, Rn. 30 – zitiert nach juris; LG Stuttgart, 31.1.2013, 41 O 39/12 KfH, Rn. 59 ff. – zitiert nach juris.

<sup>45</sup> S. ausf. Ohlhoff (Fn. 10), § 26 Rn. 187 ff., 192.

<sup>46</sup> Bspw. KG Berlin, 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart, Rn. 84 – zitiert nach juris.

<sup>47</sup> LG Düsseldorf, 19.11.2015, 14d O 4/14, Rn. 169 – zitiert nach juris; LG Mannheim, 29.4.2016, 7 O 206/14 Kart., S. 6 (nicht bei juris).

<sup>48</sup> Z. B. LG Potsdam, 13.4.2016, 2 O 23/15, Rn. 31 – zitiert nach juris.

<sup>49</sup> OLG Karlsruhe, 31.7.2013, 6 U 51/12 (Kart), Rn. 79 f. – zitiert nach juris; OLG Jena, 22.2.2017, 2 U 583/15 Kart, Rn. 85 f. – zitiert nach juris; LG Berlin, 16.12.2014, 16 O 384/13 Kart, Rn. 61 – zitiert nach juris; LG Dortmund, 21.12.2016, 8 O 90/14 (Kart), Rn. 146 f. – zitiert nach juris; kritisch aber LG Potsdam, 13.4.2016, 2 O 23/15, Rn. 24 ff. – zitiert nach juris; s. hierzu auch Löwenkamp/Nuys, NZKart 2017, 61.

bezeichnet).<sup>50</sup> Angesichts dessen, dass es sich um einen hypothetischen Preis handelt, sind hierbei stets Annahmen zugrunde zu legen und eine gewisse Unschärfe ist in Kauf zu nehmen.<sup>51</sup>

Ausgangspunkt für die Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises sind in der Regel Vergleichsmarktanalysen. Hierbei wird unterstellt, dass der Preis auf dem relevanten Markt ohne den Kartellverstoß demjenigen Preis entsprochen hätte, der auf anderen räumlichen Märkten oder auf dem gleichen Markt, aber zu einem Zeitpunkt vor oder nach dem Kartell gezahlt wurde.

Dies ist dann recht einfach, wenn der räumliche oder zeitliche Vergleichsmarkt (bis auf den Kartellverstoß) identisch mit dem betroffenen Markt ist, da dann davon ausgegangen werden kann, dass Preisunterschiede ausschließlich auf den Kartellverstoß zurückzuführen sind. In der Praxis allerdings unterscheiden sich die verglichenen Märkte oftmals in vielfacher Hinsicht, so dass Verfahren zur Anwendung gebracht werden müssen, um bestehende Preisunterschiede auf den Kartellverstoß einerseits und weitere, vom Kartellverstoß losgelöste Faktoren andererseits zurückzuführen. Ein Standard-Instrument hierfür sind sog. Regressionsanalysen, d. h. statistische Methoden zur Schätzung quantitativer Beziehungen zwischen verschiedenen Variablen, die allerdings eine große Datenmenge voraussetzen.

Umfangreichere Einführungen hierzu und zu weiteren möglichen Techniken der Schadensberechnung finden sich in beispielsweise im Praktischen Leitfaden der Europäischen Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Kartellschadensersatzklagen<sup>52</sup> und in den entsprechenden Kapiteln der Monographie von *Inderst/Thomas*<sup>53</sup> oder dem Handbuch von *Kamann/Ohlhoff/Völcker*.<sup>54</sup>

Von großer Bedeutung für die Schadenshöhe sind aus Sicht des Geschädigten auch die Zinsen. Für Schäden vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle zum 1. Juli 2005 ergibt sich nach der Rechtsprechung ein Zinsanspruch gem. §§ 849, 246 BGB i. H. v. vier Prozent.<sup>55</sup> Verstöße seit dem 1. Juli 2005 sind gem. § 33 Abs. 3 S. 4, 5 GWB a. F. mit fünf (bzw. falls der Verstoß Entgeltforderungen betraf<sup>56</sup> sogar acht) Prozentpunkten über dem Basiszins zu verzinsen; das Gleiche folgt seit der 9. GWB-Novelle aus § 33a Abs. 4 GWB. Gerade bei über viele Jahre betriebenen Kartellen können sich die Zinsen auf 50% oder mehr des eigentlichen Schadensbetrags summieren – wodurch im Übrigen auch ein taktisches Hinauszögern der Prozesse durch die beklagten Kartellanten zumindest finanziell unattraktiv wird.

Sofern der Kartellabnehmer zwar einen kartellbedingt überhöhten Preis für das betroffene Produkt gezahlt hat, es ihm aber möglich war, diese Überhöhung beim Weiterverkauf (des Produkts selbst oder eines hiermit hergestellten Produkts) seinerseits einzupreisen und so letztlich auf seine eigenen Abnehmer abzuwälzen, steht ihm im Umfang der Abwälzung kein Schadensersatzanspruch zu. Diese sog. Passing-on-Defense ist seit der grundlegenden ORWI-Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>57</sup> anerkannt und nunmehr seit der 9. GWB-Novelle auch in § 33c Abs. 1 GWB gesetzlich normiert.<sup>58</sup> Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, weil ansonsten

der direkte Abnehmer einen Schaden geltend machen könnte, den letztlich aber nicht er, sondern erst sein Abnehmer getragen hat. Gleichwohl kann es hierdurch zu einer (unbilligen) Entlastung des Schädigers kommen, wenn es sich um eine große Zahl mittelbar Geschädigter handelt, deren jeweiliger Schaden zu gering ist als dass sich seine Geltendmachung lohnen würde.

Ob eine Abwälzung des kartellbedingten Preisaufschlags auf nachfolgende Marktstufen stattgefunden hat, hängt von den konkreten Marktgegebenheiten ab. Ein maßgeblicher Gesichtspunkt hierbei ist, ob das Kartell flächendeckend betrieben wurde, d. h. alle unmittelbaren Abnehmer gleichermaßen überhöhte Preise gezahlt haben. Denn dann ist es ihnen eher möglich, eine Preissteigerung an ihre Abnehmer weiterzugeben, weil sie nicht befürchten müssen, von ihren Wettbewerbern (die ebenfalls die überhöhten Preise gezahlt haben) unterboten zu werden. Zu den Einzelheiten ist vor kurzem eine von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Studie erschienen, die Praktikern Leitlinien für die ökonomische Bewertung eines möglichen Passing-on an die Hand geben soll.<sup>59</sup> Der Umfang der möglicherweise erfolgten Abwälzung kann gem. § 33c Abs. 5 GWB nach § 287 ZPO vom Gericht geschätzt werden.

Selbst im Falle einer Abwälzung des Preisaufschlags auf nachfolgende Marktstufen kann dem unmittelbaren Abnehmer allerdings ein Schaden entstanden sein, da die Erhöhung seiner eigenen Preise – je nach Nachfrageelastizität – zu einer verringerten Nachfrage und damit zu einem entgangenen Gewinn führen kann.<sup>60</sup> Selbst bei einer vollständigen Preisabwälzung kann daher ein ersatzfähiger Schaden sowohl beim unmittelbaren als auch beim mittelbaren Abnehmer vorliegen. Erst recht ist dies natürlich der Fall, wenn der Preisaufschlag nur teilweise abgewälzt wurde.

Die ökonomische Begutachtung erstreckt sich damit zukünftig auch auf die Passing-on-Defense. Anders bei der Schadensbeurteilung sind die Rollen dabei vertauscht, d. h. der sich mit einer Abwälzung verteidigende Schädiger muss diese voll darlegen und beweisen. Da er in der Regel nicht über die hierfür erforderlichen Informationen verfügt, hilft ihm u. U. der neu eingeführte Auskunftsanspruch gegen den unmittelbaren Abnehmer nach § 33g GWB.

<sup>50</sup> Vgl. z. B. *Brunner/Bacher*, NZKart 2017, 345.

<sup>51</sup> Vgl. *Ohlhoff* (Fn. 10), § 26 Rn. 190.

<sup>52</sup> Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2013.

<sup>53</sup> *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen<sup>1</sup>, 2015, S. 138 ff.

<sup>54</sup> *Ohlhoff* (Fn. 10), § 26, Rn. 286 ff.

<sup>55</sup> Z. B. OLG Karlsruhe, 27.8.2014, 6 U 115/11 (Kart), Rn. 178 f. – zitiert nach juris.

<sup>56</sup> BGH, 6.11.2013, KZR 58/11, Rn. 70 f. – zitiert nach juris.

<sup>57</sup> BGH, 28.6.2011, KZR 75/10.

<sup>58</sup> § 33c Abs. 1 GWB.

<sup>59</sup> RBB Economics und Cuatrecasas, Gonçalves Pereira (im Auftrag der EU Kommission), Study on the Passing-on of Overcharges – Final report, 2016.

<sup>60</sup> BGH, 28.6.2011, KZR 75/10, Rn. 69 – zitiert nach juris.

#### IV. Keine Verjährung

Seit der 9. GWB-Novelle sind die Verjährungsregeln für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche in § 33h GWB zusammengefasst. Praktisch relevant sind die fünfjährige Verjährungsfrist nach § 33h Abs. 1, 2 GWB und die zehnjährige Verjährungsfrist nach § 33h Abs. 3 GWB. Auf die ebenfalls vorgesehene maximale, dreißigjährige Verjährungsfrist nach § 33 Abs. 4 GWB dürfte es demgegenüber kaum ankommen, da vorher die anderen Fristen abgelaufen sein werden.

Die fünfjährige Verjährungsfrist (die gem. § 186 Abs. 3 S. 2 GWB auch für Altfälle gilt, die bei Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle noch nicht verjährt waren<sup>61</sup>) beginnt in dem Moment, in dem der Geschädigte Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen, also insbesondere vom Kartellverstoß, erlangt hat oder grob fahrlässig nicht erlangt hat, und der Kartellverstoß insgesamt beendet wurde. Angesichts der Heimlichkeit, mit der Hardcore-Kartelle betrieben werden, liegt eine (grob fahrlässige Un-)Kenntnis in der Regel erst dann vor, wenn das Kartell vom Bundeskartellamt aufgedeckt wird und der Geschädigte entweder aus der Information des Bundeskartellamts nach dem ebenfalls neu geschaffenen § 53 Abs. 5 GWB (falls diese umfangreich ausfällt, was die Praxis zeigen muss) oder aber spätestens aus dem Bußgeldbescheid (sobald er hierin Einsicht erhält) Kenntnis erlangt oder hätte erlangen müssen.<sup>62</sup> In diesem Moment dürfte das Kartell auch bereits endgültig beendet sein, so dass diese Voraussetzungen im Rahmen der fünfjährigen Verjährungsfrist normalerweise keine gesonderte Rolle spielt.

Die zehnjährige Verjährungsfrist gem. § 33h Abs. 3 GWB setzt demgegenüber kein subjektives Element voraus, sondern knüpft an die Anspruchsentstehung und die Beendigung des Gesamtkartells an. Die Anspruchsentstehung fällt in der Regel mit dem Schadenseintritt beim Geschädigten zusammen, also mit Zahlung des kartellbedingt überhöhten Kaufpreises<sup>63</sup> bzw. frühestens bereits mit Vertragsschluss zu überhöhtem Preis.<sup>64</sup> Anders als bei der fünfjährigen Verjährungsfrist, ist die Voraussetzung der Beendigung des Gesamtkartells bei der zehnjährigen Verjährungsfrist von Bedeutung. Denn dadurch ist klargestellt, dass – was nach alter Rechtslage nicht gänzlich eindeutig war<sup>65</sup> – Ansprüche wegen kartellbefangener Beschaffungsvorgänge aus den Anfangstagen eines viele Jahre laufenden Kartells nicht bereits bei seiner Aufdeckung verjährt und damit für die Geschädigten verloren sind. Allerdings gilt diese Voraussetzung der Beendigung des Gesamtkartells nur für Verstöße ab dem 27. Dezember 2016; für Altfälle bleibt die bisherige Zehnjahresfrist samt der genannten (Rest-)Unsicherheit maßgeblich, da sich der Beginn der Verjährung gem. § 186 Abs. 3 S. 3 GWB nach dem bisherigen Recht richtet, sofern die Verjährung (nach dem bisherigen Recht) bereits vor dem 8. Juni 2017 begann.

Von großer Bedeutung ist die Hemmungsvorschrift nach § 33h Abs. 6 GWB (die weitgehend der bisherigen Hemmungsvorschrift nach § 33 Abs. 5 GWB a. F. entspricht). Danach ist die Verjährung (nach allen Verjährungsfristen) während des

laufenden kartellbehördlichen (und ggf. des anschließenden gerichtlichen) Verfahrens gehemmt. Die Hemmung beginnt gem. § 33h Abs. 6 GWB sobald die Kartellbehörde erste gezielte Maßnahmen in Bezug auf ein mögliches Kartell unternimmt, also z. B. Durchsuchungen durchführt. Auf die formelle Verfahrenseinleitung, die insbesondere bei der Kommission mitunter Jahre später erfolgt, kommt es nicht an. Nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens kommt eine Nachhemmung von einem Jahr hinzu, um sicherzustellen, dass der Geschädigte ausreichend Zeit für die Prüfung und Vorbereitung der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen hat.

Selbst im Verjährungsfall ist die Geltendmachung von Ansprüchen nicht ausgeschlossen. Schließlich wandeln sich die verjäherten Schadensersatzansprüche in diesem Fall in Restschadensersatzansprüche gem. § 852 S. 1 BGB, die in § 852 S. 2 BGB ihre eigene zehnjährige Verjährungsfrist haben, die ggf. erst später abläuft.<sup>66</sup>

#### D. Zusammenfassung

Die Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche hat in den letzten Jahren stark zugenommen. Der deutsche und der europäische Gesetzgeber haben diese Entwicklung aktiv gefördert und Hürden für von Kartellen geschädigte Unternehmen abgebaut. Zwar bleibt der Aufwand der Geltendmachung von Ansprüchen (und insbesondere der hierfür oft erforderlichen Datenaufbereitung) groß und Restrisiken (insbesondere etwa in Hinblick auf eine mögliche *Passing-on-Defense*) können selten ganz ausgeschlossen werden. Allerdings sind die Erfolgsaussichten Geschädigter, Ersatz des ihnen oft über viele Jahre in Form überhöhter Preise zugefügten Schadens zu verlangen, durch die Bindungswirkung der kartellbehördlichen Entscheidung für das Zivilverfahren, die Verlängerung der Verjährungsfristen und die Regelungen zur Verjährungshemmung, die Schadensvermutung und die Schätzbefugnis zur Schadenshöhe überaus gut.

Zudem hat in den letzten Jahren eine Professionalisierung des „juristischen Apparats“ für diese Schadensersatzansprüche stattgefunden. Dies gilt sowohl für auf diese Fälle spezialisierte Anwaltskanzleien und Wettbewerbsökonominnen als auch für die zuständigen Landgerichte (und Oberlandesgerichte) in den einzelnen Bundesländern, deren Entscheidungspraxis – nicht zuletzt auch aufgrund gezielter Richterfortbildung – ein immer solideres Fundament auch für zukünftige Verfahren bildet.

<sup>61</sup> S. Seifert, WuW 2017, 474, 477; Scherzinger, NZKart 2016, 513, 515; Soyer, WuW 2017, 240, 243; BegrRegE, BT-Drucks. 18/10207, S. 107.

<sup>62</sup> S. ausf. Seifert, WuW 2017, 474, 475 ff.

<sup>63</sup> So zum Schadenseintritt für den Zinsbeginn: LG Dortmund, 21.12.2016, 8 O 90/14 (Kart), Rn. 156 – zitiert nach juris.

<sup>64</sup> LG Frankfurt, 30.3.2016, 2-06 O 464/14, Rn. 182 – zitiert nach juris.

<sup>65</sup> Seifert, WuW 2017, 474, 477 f. m. w. N.

<sup>66</sup> Seifert, WuW 2017, 474, 481 f.



Markus Hartung\*

# Gedanken zu Legal Tech und Digitalisierung

## A. Definitionen

### I. Was ist Legal Tech?

Legal Tech ist nach einer Formulierung von Micha Bues ein Kofferwort für die Begriffe „legal services“ und „technology“ und steht für „Legal Technology“. Was man darunter genau versteht, war lange unklar. Bues definierte im September 2015 als einer der Ersten den Begriff wie folgt: „*Legal Tech beschreibt den Einsatz von modernen, computergestützten, digitalen Technologien, um Rechtsfindung, -anwendung, -zugang und -verwaltung durch Innovationen zu automatisieren, zu vereinfachen und – so die Hoffnung – zu verbessern*“.<sup>1</sup>

Es gibt sehr weitgehende und eher engere Definitionen.<sup>2</sup> Im weitesten Sinne geht es um Softwaretechnologie in der juristischen Profession, aber mit dieser Definition kommt man nicht weiter. Nachfolgend ein kurzer Überblick:

#### 1. Definition auf Wikipedia

Seit Januar 2017 gibt es einen Eintrag in der deutschen Wikipedia. Nach der dortigen Definition versteht man unter Legal Tech „*Software und Onlinedienste, die juristische Arbeitsprozesse unterstützen oder gänzlich automatisiert durchführen*“. Das ist ein sehr weites Spektrum verschiedenster Anwendungen, die nur der gemeinsame Bezug zu Rechtsdienstleistungen eint.<sup>3</sup> Hinzu kommt, dass dieser Begriff darüber hinaus auch für eine aktive Gründerszene steht, die mit ihren Start-Ups entsprechende Programme entwickeln und damit Innovationen im Rechtsmarkt vorantreiben.<sup>4</sup>

Nach Oliver Goodenough<sup>5</sup> werden die verschiedenen Legal Tech-Angebote in 1.0-, 2.0- und 3.0-Anwendungen aufgeteilt:

- Zu den 1.0-Anwendungen gehört etwa Software zur Büroorganisation, was nach unserem Verständnis und der Vertrautheit fast der meisten deutschen Anwälte mit Kanzleisoftware schon Alltag ist. Allerdings gehören auch Fachdatenbanken und sonstige E-Commerce-Portale zu diesen Anwendungen.
- Zu den 2.0-Anwendungen gehören automatisierte Rechtsdienstleistungen, also Software, mit deren Hilfe juristische Arbeits- und Kommunikationsschritte selbständig und ohne Tätigkeit eines Menschen erledigt werden sollen. Diese Technologie kann bereits disruptive Auswirkungen auf den Rechtsmarkt haben, denn sie greift unmittelbar in die Arbeit ein, die bisher (oder immer noch) von Rechtsanwälten erledigt wird.
- Die 3.0-Anwendungen sind schließlich Smart Contracts und Systeme künstlicher Intelligenz, die nicht nur einzelne Arbeitsschritte automatisch erledigen, sondern geeignet sind, das Berufsbild von Anwälten entscheidend zu verändern. Bei Licht besehen wird man einräumen müssen, dass es bislang noch keine Software gibt, die schon heute dazu in der Lage

wäre. Allerdings wäre es nicht klug, das Szenario gänzlich auszuschließen, neigen wir doch dazu, die Fähigkeiten von Software heute zu überschätzen, ihre langfristigen Auswirkungen aber zu unterschätzen.

### 2. Definition nach einer Studie des Bucerius CLP und BCG

Nach unserem Verständnis muss vor allem danach gefragt werden, inwieweit Software geeignet ist, das anwaltliche Geschäftsmodell nachhaltig zu ändern. Das wiederum folgt einer gemeinsamen Studie des Bucerius Center on the Legal Profession (CLP) und The Boston Consulting Group (BCG): Anfang 2016 hatten CLP und BCG eine umfangreiche Untersuchung veröffentlicht, in der die vorhandene Technologie in drei Gruppen eingeteilt wurde: Enabler-Software (alles, was für die Infrastruktur der Kanzlei erforderlich ist), sodann Support-Process Solutions (Practice Management, Back Office Software incl. HR-, Business Development, Abrechnung usw.) und schließlich die Substantive Law Solutions, mit denen die anwaltliche Leistungserbringung unmittelbar unterstützt oder sogar ersetzt wird.<sup>6</sup>

Dementsprechend unterscheiden wir zwischen Office-Tech einerseits und Legal Tech andererseits. Office-Tech-Software zeichnet sich dadurch aus, dass sie kaum bis wenig Einfluss auf das anwaltliche Geschäftsmodell hat. Es handelt sich um Büroorganisation, Kommunikation (E-Mail pp.), elektronische Akten, Spracherkennung und digitales Diktieren, Dateimanagement-Systeme, traditionelle Datenbanken usw. Diese Systeme unterstützen die klassische oder traditionelle Arbeit von Anwälten, verändern aber die Arbeit als solche nicht.

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Direktor des Bucerius Center on the Legal Profession (CLP) an der Bucerius Law School in Hamburg. Er ist außerdem Vorsitzender des Berufsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins. Dieser Beitrag erscheint in redigierter Fassung in Hartung / Bues / Halbleib: Legal Tech. Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, Beck Verlag 2018. Der Autor dankt dem Verlag für die Genehmigung.

<sup>1</sup> Vgl. <http://legal-tech-blog.de/was-ist-legal-tech>.

<sup>2</sup> Vgl. zuletzt mit einer guten Übersicht über die verschiedenen Definitionen und Anwendungsbereiche Fiedler/Grupp, Legal Technologies: Digitalisierungsstrategien für Rechtsabteilungen und Wirtschaftskanzleien, DB 2017, 1072; vgl. auch Wagner, Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien, BB 2017, 898 ff.

<sup>3</sup> Vgl. hier: [https://de.wikipedia.org/wiki/Legal\\_Technology](https://de.wikipedia.org/wiki/Legal_Technology) (Abfrage am 13.6.2017).

<sup>4</sup> Reinemann, Was ist Legal Tech?, in: Innovationen und Legal Tech, Beilage zur NJW Heft 20/2017, S. 6 ff.

<sup>5</sup> [http://www.huffingtonpost.com/oliver-r-goodenough/legal-technology-30\\_b\\_6603658.html](http://www.huffingtonpost.com/oliver-r-goodenough/legal-technology-30_b_6603658.html) (Abfrage am 2.5.2017); Goodenough ging es nicht nur um die bloße Kategorisierung, sondern um das disruptive Potential dieser einzelnen Anwendungen

<sup>6</sup> Veith/Wenzler/Hartung u.a., How Legal Technology Will Change the Business of Law, Final Report of Bucerius Law School and The Boston Consulting Group on impacts of innovative technology in the legal sector, 2015/2016, Download hier: [http://www.bucerius-education.de/fileadmin/content/pdf/studies\\_publications/Legal\\_Tech\\_R\\_eport\\_2016.pdf](http://www.bucerius-education.de/fileadmin/content/pdf/studies_publications/Legal_Tech_R_eport_2016.pdf)

Unter Legal Tech (im engeren Sinne) versteht man Software, die unmittelbar die juristische Leistungserbringung berührt, etwa automatisierte Dokumenten- oder Schriftsaterstellung, Ablaufautomatisierung, Document Review, Self Service Tools und sog. „intelligente Datenbanken“ (etwa IBM/Watson oder ROSS).<sup>7</sup> Diese Technologie „ersetzt“ Tätigkeiten, die von Anwälten durchgeführt wurden oder werden.<sup>8</sup> Technologie erzielt häufig bessere Ergebnisse und ist günstiger, so dass sich der Einsatz von Anwälten für Tätigkeiten, die durch einen Computer erledigt werden können, nicht mehr rechtfertigt. Diese Technologien (in der Terminologie der Bucerius-Studie: Substantive Law Solutions) hat nicht erst in ferner Zukunft das Potenzial, disruptiv zu wirken, sondern tut dies schon heute.

## II. Taxonomie – Erscheinungsformen von Legal Tech

Nun ist nicht nur Legal Tech ein sehr weiter Begriff, sondern es gibt auch die unterschiedlichsten Unternehmen, die in verschiedenen Bereichen Dienstleistungen anbieten. Häufig werden Software-Unternehmen im deutschen Rechtsmarkt in drei Kategorien eingeteilt, nämlich solche, die den Anwalt in seiner Arbeit unterstützen, dann Marktplätze, die Mandanten und Anwälte zusammenbringen, und zuletzt Software, die Rechtsdienstleistungen selbständig erledigt.<sup>9</sup>

International lohnt sich ein Blick in den Tech-Index des CodeX Center for Legal Informatics an der Stanford University, der Anfang Juli 2017 insgesamt 717 Unternehmen aufführt, die in zehn Kategorien und 24 Unterkategorien gelistet sind.<sup>10</sup> Die derzeit meisten Unternehmen befassen sich mit der Automatisierung von Dokumenten (183 Unternehmen), gefolgt von elektronischen Marktplätzen (160 Unternehmen). Sodann gibt es 128 Practice Management Companies, 54 Legal Research Companies, 38 Analytics Companies, 35 Legal Education Companies und 20 ODR Companies (ODR steht für Online Dispute Resolution).

Deutsche Legal Tech-Unternehmen sind dort noch nicht vollständig vorhanden. Diese Unternehmen werden seit einiger Zeit von Dominik Tobschall erfasst und kategorisiert.<sup>11</sup> Ausgehend von seiner Übersicht nebst den dazu erfolgten Erläuterungen kann beispielhaft auf Folgendes verwiesen werden:

### 1. Automatisierte Rechtsberatungsprodukte

Das sind Unternehmen, die die Bearbeitung und Durchsetzung von Ansprüchen durchführen. Voraussetzung ist, dass diese Ansprüche gut zu strukturieren und zu automatisieren sind. Dies ermöglicht es, einen „Ablauf- und Entscheidungsbaum“ abzubilden, mit dem dann tausende solcher Fälle automatisch abgearbeitet werden können. Das können Unternehmen wie Flightright, Fairplane oder EUFlight sein, also solche, die sich um Entschädigungsansprüche von Fluggpassagieren kümmern. Unternehmen dieser Art gibt es auch für verspätete Bahnkunden (Bahn Buddy, Zug-Erstattung.de usw.). Auch Geblitzt.de oder Unfallhelden werden in diese Kategorie gezählt, weiterhin Unternehmen wie wenigermiete.de, Claimright, Helpcheck, Aboalarm usw.

### 2. Marktplätze und Expertenportale

Marktplätze helfen Mandanten auf der Suche nach geeigneten Anwälten und ermöglichen Anwälten, sich besser und gezielter darzustellen. Bekannte Namen sind Anwalt.de, Anwalt24.de, 123Recht.Net oder Advocado.de. Diese Marktplätze und Portale sind dann geeignet, wenn sich Anliegen von Rechtsuchenden nicht mit automatisierten Rechtsberatungsprodukten erledigen lassen. Die Anbieter gehen zunehmend dazu über, zusätzlich bestimmte standardisierte anwaltliche Dienstleistungen zu Festpreisen anzubieten, um dem Rechtsuchenden die Schwellenangst zu nehmen (siehe dazu später). Die eigentliche Beratung erfolgt aber dann durch einen Anwalt.

### 3. Legal Process Outsourcing

Unternehmen dieser Kategorie werden nicht für Endverbraucher, sondern nur für Anwälte oder Rechtsabteilungen tätig. Sie übernehmen entweder die externe Begutachtung von Fragen oder stellen Projektjuristen zur Verfügung, die dann nur für bestimmte Projekte eingesetzt werden. Bekannte Namen sind axiom, Perconex, edicted oder Digitorney. Die Vermittlung von Projektjuristen hat allerdings wenig mit Legal Tech zu tun. Technologie kommt aber immer dann ins Spiel, wenn alle Informationen zwischen Auftraggebern und den Projektjuristen über elektronische Plattformen ausgetauscht werden und die externen Mitarbeiter Zugang zu virtuellen Datenräumen erhalten. Technologie erleichtert in diesem Fall also die Einbeziehung externer Mitarbeiter.<sup>12</sup>

### 4. E-Discovery und Dokumentenanalyse (Document Review)

Mit Hilfe dieser Systeme lassen sich sehr schnell große Daten- oder Dokumentmengen durchsuchen, entweder nach Stichworten oder bestimmten Begriffen oder weitergehend nach Inhalten der Dokumente. E-Discovery-Software etwa wird eingesetzt, wenn es um kartellrechtliche interne Untersuchungen geht oder um andere Unternehmensskandale, bei denen die Durchforstung der Datenmengen Aufschluss darüber liefern soll, wer wann was im Unternehmen gewusst oder angeordnet hat. Derzeit ist der VW-Dieselskandal einer der bekanntesten Fälle. Document Review-Software hingegen

<sup>7</sup> In Deutschland noch weitgehend unbekannt, aber in den USA bereits ein boomender Geschäftszweig sind *Predictive Analytics*, das sind Auswertungen von Gerichts- und/oder Behördenakten und –daten mit dem Ziel, für bestimmte Sachverhaltskonstellationen „vorherzusagen“, wie eine Gerichts- oder Behördenentscheidung ausgehen wird; diese Art von Software erweitert und normalisiert anwaltliche Tätigkeiten, indem die auf Erfahrung beruhende Einschätzung durch Datenanalysen begleitet oder ergänzt, jedenfalls verbessert wird.

<sup>8</sup> Ähnlich *Fiedler/Grupp*, DB 2017, 1071, die von tätigkeitsbezogenen sowie formellen oder materiellen Anwendungen sprechen.

<sup>9</sup> *Reinemann*, Was ist Legal Tech?, in: Innovationen und Legal Tech, Beilage zur NJW Heft 20/2017, S. 6 ff.

<sup>10</sup> Die Statistik findet sich hier: <https://techindex.law.stanford.edu/statistics> (Abfrage am 13.6.2017)

<sup>11</sup> Die Übersicht befindet sich hier: <http://tobschall.de> (Abfrage am 14.5.2017); vgl. außerdem *Kempe/Tobschall*, Der deutsche Legal-Tech-Markt, in: Innovationen und Legal Tech, Beilage zur NJW Heft 20/2017, S. 10 ff.

<sup>12</sup> Zu den mit Legal Outsourcing verbundenen Rechtsfragen vgl. Vgl. *Hartung/Weberstaedt*, Legal Outsourcing, RDG und Berufsrecht, NJW 2016, 2209.

ist in der Lage, den Inhalt bestimmter Dokumente zu lesen, zu verstehen, zu exzerpieren und zu katalogisieren – wobei die Begriffe „lesen“ und insbesondere „verstehen“ nur im übertragenen Sinn verstanden werden können. Diese Software erledigt jedenfalls Tätigkeiten, für die heute immer noch auch Rechtsanwälte eingesetzt werden, und wenn es eine Software gibt, welche die Arbeit von Anwälten schon heute teilweise ersetzt, dann ist es diese Kategorie.

## B. Legal Tech und der Zugang zum Recht

Die plötzliche Prominenz von Legal Tech lässt sich alleine mit den Möglichkeiten heutiger Software nicht erklären, auch wenn man davon ausgehen kann, dass auf der Technologiebasis von vor, sagen wir, sieben Jahren einige der Anwendungen, die sich heute präsentieren, nicht denkbar waren. Das gilt etwa für solche Anwendungen, die unter der Kategorie AI zusammengefasst werden, insbesondere Document Review-Anwendungen. Auch wenn diese Systeme noch längst nicht das liefern, was man sich von ihnen erhofft, so wird doch heute schon deutlich, was da auf uns zukommen kann.

Vielleicht treffen auch eine gestiegene Leistungsfähigkeit und eine neue Start-Up-Gründerwelle auf eine tiefsitzende Unzufriedenheit von Rechtsuchenden mit anwaltlichen Leistungen und bilden ein explosives Gemisch, welches die Entwicklung treibt. Das gilt sowohl im Privat- oder Verbraucherbereich (Business to Consumer/Customer, B2C) wie im Bereich der wirtschaftsrechtlichen Beratung gewerblicher Mandanten (Business to Business, B2B), wenn auch in ganz unterschiedlicher Ausprägung. Im Bereich B2B kommt verstärkend hinzu, dass sich die deutsche Wirtschaft seit geraumer Zeit mit dem Prozess der Digitalisierung befasst und es inzwischen kaum noch Unternehmen gibt, die sich dem entziehen können. Das erfasst auch die Rechtsabteilungen dieser Unternehmen, die sich nicht nur mit den damit verbundenen Rechtsfragen befassen, sondern sich selber der Digitalisierung ihrer eigenen Dienstleistung stellen müssen. So erreicht die Digitalisierungswelle dann zuletzt die externen Berater, also die Anwälte, die ohne Druck der Mandanten keine Veranlassung hätten, über eine tiefgreifende Umwälzung ihrer Arbeitsweisen nachzudenken. In diesem Fall erweisen sich die Mandanten als Innovationstreiber.

Legal Tech tritt jedenfalls an mit dem Versprechen, die Unzulänglichkeiten des Rechtspflegesystems zu beseitigen und/oder anwaltliche Leistungen besser, besser erreichbar und kostengünstiger zu machen. Dieses Versprechen stößt auf offene Ohren (bei Mandanten und bei einigen Kanzleien, immerhin). Die Bereitschaft, solche Angebote nicht nur einmal auszuprobieren, sondern sie als werthaltige Dienstleistung zu erwerben, wäre kaum denkbar, wenn Rechtsuchende zufrieden wären mit dem, was sie in der traditionellen anwaltlichen Dienstleistung vorfinden.

Diese Entwicklung wiederum bedient ein Nutzerverhalten, welches Leistungen oder Informationen, gleich welcher Art, zunächst im Internet sucht. Die Angebote dort sind viel bequemer zu erreichen, vermeintlich günstiger oder sogar umsonst – „vermeintlich“ deshalb, weil man dort Leistungen mit seinen persönlichen Daten und Informationen über sein Nutzerverhalten bezahlt. Natürlich findet man im

Internet auch anwaltliche Homepages, die allgemein über die Leistungsfähigkeit dieser bestimmten Kanzlei informieren, aber man findet dort nicht das, was man sucht: Die Lösung eines Problems. Auf dem Rechtsmarkt agieren die Legal Tech-Unternehmen wie E-Commerce-Unternehmer, die nicht nur hochprofessionell mit Search Engine Optimization und sogenannten AdWords versuchen, Kunden zu einem Besuch der Homepage zu motivieren, sondern darüber hinaus permanent darüber nachdenken, wie sie das Nutzererlebnis verbessern und vor allem vereinfachen können. Das gehört bei anwaltlichen Homepages noch lange nicht zum Standard. Wenn anwaltliche Homepages nicht aktiv in die Mandantengewinnung eingebunden werden, sind sie auf dem Rechtsmarkt eher mit Eckensteinen zu vergleichen.

Nachfolgend betrachten wir Legal Tech aus drei Blickwinkeln, nämlich hinsichtlich der Bedeutung für die Verbraucherberatung und den Zugang zum Recht, sodann aus Sicht von gewerblichen Mandanten und schließlich aus Sicht der Anwälte, für die Legal Tech eine Chance der Verbesserung ihrer Arbeit darstellt.

## I. Verbraucherberatung (B2C)

Bei aller Kritik über die Rechtspflege in Deutschland – zu umständlich, zu langsam, unzureichend ausgestattet – wird man gerade im Vergleich zu anderen Ländern sagen müssen, dass das bei uns im Großen und Ganzen gut funktioniert<sup>13</sup>, auch wenn wir im Hinblick auf digitale Innovationen keine Musterknaben sind. Aber es scheint auch Bereiche zu geben, wo dies offenbar nicht der Fall ist, und wo gerade Verbraucher in diesem System zu kurz kommen, insbesondere dann, wenn es sich um Angelegenheiten mit kleinen Streitwerten handelt. Gerade in diesen Bereichen sind Legal Tech-Unternehmen besonders erfolgreich.

### 1. Studie des GdV aus dem Jahr 2013

Ist die Kritik am System der Rechtspflege berechtigt? Dazu zunächst einige Zahlen: Nach einer Forsa-Studie im Auftrag des GdV Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft aus dem Jahr 2013<sup>14</sup> haben 71% der Befragten Angst vor den Kosten eines Rechtsstreits und würden deshalb keinen Anwalt beauftragen. Betrachtet man die Altersgruppe der 18-29-jährigen, steigt die Zahl auf 81%. Diese Zahlen sind dramatisch hoch. Eine der wichtigsten Aufgaben der Anwaltschaft ist die Hilfe rechtsuchender Bürger beim Zugang zum Recht, und dieser (geordnete) Zugang zum Recht ist eine der wichtigsten Voraussetzungen für einen funktionierenden Rechtsstaat. Auch wenn in vielen Fällen die Vertretung durch Anwälte nicht geboten oder erforderlich ist, so ist es für die Stellung der Anwaltschaft kein gutes Zeichen, wenn ein so großer Teil der Bevölkerung die Beauftragung eines Anwalts aus Kostengründen meidet. Offenbar ist das System der Beratungs- und Prozesskostenhilfe kein taugliches Ventil.

<sup>13</sup> Vgl. das jüngst veröffentlichte Justizbarometer 2017, zu finden hier: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-890\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-890_de.htm) (Abfrage am 13.6.2017); Deutschland nimmt einen Platz im Mittelfeld ein.

<sup>14</sup> Bericht über die Studie und weitere Materialien hier: <http://www.gdv.de/2013/06/aus-angst-vor-den-kosten-eines-rechtsstreits-wuerden-zwei-drittel-der-deutschen-auf-ihr-recht-verzichten/> (Abfrage 14.5.2017)



Diesen Zahlen mag man entgegenhalten, dass es eine Studie der Versicherungswirtschaft ist, und betrachtet man die Studie als Ganzes, kann man sie auch als Werbung für Rechtsschutzversicherungen lesen. Allerdings ist der Befund in anderen Ländern ähnlich, teilweise sogar dramatischer: In den USA sind es 80% der Bevölkerung, die keinen Zugang zum Recht haben – entweder weil sie sich keinen Anwalt leisten können, oder weil ihnen gar nicht bewusst ist, dass sie in bestimmten Situationen Rechte haben. In Räumungsverfahren sind es 90% der Beklagten (also derjenigen, die räumen müssen), die ohne anwaltliche Hilfe vor Gericht stehen. Das ist ein erhebliches Gerechtigkeitsproblem, und es beeinträchtigt zunehmend das Funktionieren der Justiz: Verfahren dauern länger, und ohne Anwälte sind mehr Ressourcen erforderlich, um diese Prozesse durchzuführen.

## 2. Anwaltliches Selbstverständnis und Honorarsystem

Ein funktionierendes Gemeinwesen braucht jedenfalls den Zugang zum Recht. Man kann der Anwaltschaft nicht vorwerfen, dass sie „zu teuer“ seien, denn ganz überwiegend arbeiten Anwälte auf Basis einer gesetzlichen Gebührenordnung. Danach orientieren sich die anwaltlichen Gebühren am Streit- oder Gegenstandswert, unabhängig vom Aufwand, der für die Mandatsbearbeitung erforderlich ist, und völlig losgelöst vom Nutzen für den Empfänger der Dienstleistung, den Mandanten. Anwälte dürfen in bestimmten Grenzen auf Honorare verzichten, aber nicht regelmäßig, und sie dürfen schon gar nicht anbieten, dass sie Gebühren nur im Erfolgsfalle berechnen werden. Solche erfolgs- oder besser ergebnisorientierten Honorare sind nur in engen Ausnahmefällen zulässig.

Ein weiteres kommt hinzu: Die Anwaltschaft ist heute im Wesentlichen noch so organisiert wie vor 50 Jahren. Das betrifft nicht die Büroeinrichtung, sondern Selbstverständnis und Art der Arbeit. Anwälte sind wie Manufakturbetreiber, die davon überzeugt sind, dass jeder Fall anders ist und daher eine besondere Behandlung verdient. Auch wenn Anwälte mit Textbausteinen und Vertragsmustern arbeiten: von so etwas wie „industrialisierter Rechtsdienstleistung“, verstanden als Massenproduktion auf hohem Niveau<sup>15</sup>, sind sie meilenweit entfernt. Schon der Begriff würde Anwälte eher befremden. Immerhin haben Anwälte sich inzwischen damit angefreundet, dass man mit Spezialisierung mehr Erfolg hat als wenn man als Generalist unterwegs ist. Aber Fokus auf wenige Rechtsberatungs-„produkte“? – allenfalls vereinzelt. Aus anwaltlicher Sicht kommt es hauptsächlich darauf an, dass der von ihnen bearbeitete Fall am Ende keinen Verlust produziert. Das ist zwar nicht im System der Pauschalgebühren angelegt, weil danach die Erträge aus Mandaten mit hohem Streitwert diejenigen Mandate mit geringem Streitwert und nicht kostendeckendem Ertrag quersubventionieren sollen. Dieses System der Quersubventionierung besteht allerdings nur in der Theorie, tatsächlich ist bereits lange nachgewiesen, dass dieses System nicht (mehr) funktioniert.<sup>16</sup>

Daher steht seit vielen Jahren die Forderung der Anwaltsverbände nach einer gesetzlichen Gebührenerhöhung im Raum, auch und gerade bei den kleinen Streitwerten. Damit ist verbunden, dass sich Preis der Dienstleistung und Nutzen für den Mandanten möglicherweise noch weiter voneinander entfernen. Das ist aber nun so ziemlich genau das Gegenteil

dessen, was marktgerecht wäre: Verbraucher von heute suchen und finden juristische Unterstützung im Internet auf einer „No win, no fee“-Basis, ganz abgesehen davon, dass diese neuen Angebote ungleich viel bequemer zu erreichen sind als Anwälte in ihren Büros.

Das gilt umso mehr, wenn man sich noch einmal die Zahlen der GdV-Studie vor Augen führt: Dort waren es 81% der 18-29-jährigen, die aus Angst vor den Kosten nicht zum Anwalt gehen. Von dieser Bevölkerungsgruppe wird man annehmen können, dass sie besonders internetaffin ist und es als Selbstverständlichkeit betrachtet, Informationen zuerst einmal im Internet zu suchen. Bei dieser Bevölkerungsgruppe haben Anwälte demnach kaum noch eine Chance.

## 3. Vorteile von Legal Tech gegenüber Anwälten

So erklärt sich im Bereich der Verbraucherberatung ein erster Teil des Erfolgs von Legal Tech. Diese Unternehmen bieten Verbrauchern etwas, was Rechtsanwälte so nicht bieten dürfen: auf einer reinen Erfolgsbasis onlinegestützte Hilfe, die entweder in der Vermittlung von anwaltlichen Festpreisangeboten oder gleich aus Hilfsangeboten bei Rechtsfragen des täglichen Lebens bestehen. Sie können wegen ihres Fokus auf wenige „Produkte“, die wegen so gut wie automatisierter „Fertigungsstraßen“ mit geringen Kosten hergestellt und vertrieben werden, eine hohe Qualität anbieten.

Legal Tech-Unternehmen erweisen sich auch als ungleich wirkungsvoller für den Verbraucherschutz als die traditionellen Verbraucherschutzangebote. Allerdings geschieht das nicht umsonst: Bei den Flugverspätungsportalen ist regelmäßig eine Provision von 25% plus MwSt. fällig, wenn die Fluggesellschaft zahlt, bzw. 35%, wenn das Legal Tech-Unternehmen gleich auszahlt und das Risiko für die erfolgreiche Anspruchsdurchsetzung übernimmt. Hingegen wäre eine Tätigkeit der Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr e.V. (SÖP) für den Passagier gratis. Dennoch nehmen viel mehr Passagiere die Verspätungsportale in Anspruch, weil deren Leistungen schneller und bequemer zu bekommen sind, bei der SÖP nicht alle Fluggesellschaften beteiligt sind und dort schließlich auch mehr an Mitwirkung durch die Passagiere gefordert wird. Hier sind die Portale überlegen.

## 4. Zwischenergebnis

Ob es Entschädigungsansprüche bei Flugverspätungen sind, Hilfe bei arbeitsrechtlichen Problemen, bei Hartz IV-Streitereien oder bei Vermieterproblemen zum Thema Mietpreisbremse, Hilfe bei der Zusammenstellung individualisierter Vertragsdokumente, bei bestimmten Formularschreiben, bei Kündigungsfristenüberwachung, bei Vorsorgevollmachten oder Patientenverfügungen: wegen solcher Themen geht heute kaum jemand noch zum Anwalt. Die Angebote der Legal Tech-Unternehmen sind günstiger und viel bequemer zu erreichen, und man muss sich mit seiner Schwellenangst gegenüber Anwälten gar nicht erst

<sup>15</sup> Vgl. dazu *Breidenbach*, Landkarten des Rechts – von den Chancen industrieller Rechtsdienstleistungen, in: *Der moderne Anwalt*, Festschrift für Benno Heussen zum 65. Geburtstag, Köln 2009, S. 39 ff.

<sup>16</sup> *Hommerich/Kilian* u.a., Quersubventionierung im RVG: Fiktion oder Wirklichkeit, *AnwBl.* 2006, 406 f.

befassen. Anwälte mögen das verschmerzen, weil es sich um Auseinandersetzungen mit geringen Streitwerten handelt, aber diese Angebote werden nicht auf dem Kleinstwertniveau verharren, sondern in Beratungssphären vordringen, in den Anwälte sich heute noch sicher fühlen.

## II. Wirtschaftsrechtliche Beratung (B2B)

Alle diese Erörterungen gelten nicht oder nur eingeschränkt im Bereich B2B, trotzdem spielt Legal Tech auch dort eine erhebliche und spielentscheidende Rolle, und dies schon seit vielen Jahren. Das Outsourcing von Dienstleistungen in Länder mit niedrigerem Lohnniveau wäre ohne Plattform-techniken nicht möglich gewesen. Als weiteres Beispiel mag e-Discovery gelten, das es ebenfalls schon seit Jahren gibt, lange bevor es Document Review-Systeme wie heute gab. Aber auch hier kam es nie zu der öffentlichkeitswirksamen Prominenz des Themas wie heute.

### 1. Unterschiedliche Rolle von Anwälten bei der B2B-Beratung

Die Bedeutung von Legal Tech ergibt sich bei Rechtsdienstleistungen für Unternehmen aus einem anderen Grund als im Bereich B2C. Denn Anwälte spielen in der wirtschaftsrechtlichen Beratung eine andere Rolle als bei der Verbraucherberatung. Um den Zugang zum Recht geht es bei der Beratung von gewerblichen Unternehmen eher selten. Das bedeutet nicht, dass Unternehmen nicht auch Ansprüche gerichtlich durchsetzen oder sich dagegen verteidigen müssen. Doch im Verbraucherbereich ist der Zugang zum Recht eine existenzielle und strukturelle Machtfrage zwischen rechtlos bleiben und Recht bekommen. Über diese existenzielle Not reden wir im B2B-Bereich nicht. Überwiegend geht es dort um die Strukturierung und Begleitung bei Unternehmenstransaktionen, oft auch um prozessuale Auseinandersetzungen. Unternehmen würden grundsätzlich nicht aus Kostengründen auf die Hinzuziehung von Anwälten verzichten. Allerdings gab es schon seit gut 10 Jahren einen erheblichen Unwillen mit dem stetig steigenden Kostenniveau der wirtschaftsberatenden Kanzleien, insbesondere in den USA, aber auch in Großbritannien.

### 2. Software ersetzt die Tätigkeit von Anwälten

Die Technik kam in den letzten Jahren ins Spiel, als Software so weit war, Dokumente nicht nur nach bestimmten Begriffen zu durchforsten, sondern Dokumente zu „lesen“, den Inhalt „zu verstehen“, wesentliche Dokumenteninhalte zu exzerpieren und sodann zu systematisieren und katalogisieren. Solche Software war vor einigen Jahren noch undenkbar, heute gibt es sehr viele Sozietäten, die mit solcher Software arbeiten. Damit können Due Diligences schneller und deutlich günstiger durchgeführt werden, und überhaupt kann die Document Review weite Teile der Tätigkeit ersetzen, die früher viele junge Anwälte auf Zeithonorarbasis durchführten. Hinzu kommt, dass diese Art von Software dazulernt: mit jeder weiteren Review, mit jedem weiteren Set von Daten wird der Algorithmus besser.

Damit verbunden war auch schon seit Jahren der Einsatz von Dokumentenerstellungssoftware für die umfangreichen

Vertragswerke, die in internationalen Transaktionen üblich sind und aus vielen vorgefertigten Versatzstücken bestehen, die dann auf eine einzelne Transaktion angepasst und verhandelt werden. Auch dieser Prozess, früher auf Zeitbasis abgerechnet, geht heute durch den Einsatz von Software viel schneller und auf höherem Qualitätsniveau als früher.

### 3. Neue Transparenz und Zugang zu Informationen

Hinzu kommen Forderungen von Mandanten an Kanzleien, ihre Zeiten auf Plattformen in Real Time (also spätestens 24 Stunden nach geleisteter Arbeit) einzugeben, mit der Folge direkter Transparenz für den Mandanten. Mandanten sehen also schon im Lauf der Transaktion, wie sich die Kosten entwickeln, und vor allem: warum. Damit gerät ein weiteres wesentliches Element des anwaltlichen Geschäftsmodells unter Druck: die Intransparenz. Wer in einer Transaktion was und für wen tut, war früher für Mandanten weitgehend unklar, heute liegt es transparent auf dem Tisch und kann sofort angesprochen werden. Das führt zu größerer Kostendisziplin auf Seiten der Kanzleien und dies wiederum zur Reduktion von Kosten.

Abschließend ist zu B2B zu bemerken: Wenn auch die Hilfe beim Zugang zum Recht nicht das entscheidende Kriterium für Unternehmen ist, so ist es doch häufig der Zugang zu strukturierten und aufbereiteten Informationen. Denn der Zugang zu Informationen allein stellt angesichts der Flut an Informationen keinen besonderen Wert dar. Das gilt gerade in den Bereichen, in denen die Regulierung komplex und unübersichtlich ist, was z.B. bei der Umsetzung von EU-Richtlinien mit Öffnungsklauseln in nationales Recht der Fall ist: ein Finanzdienstleister braucht einen verlässlichen und systematischen Überblick darüber, wie die Kapitalmarkt-richtlinie MiFID II bisher in den einzelnen europäischen Mitgliedstaaten umgesetzt worden ist. Ähnlich kann es bei der Umsetzung der Datenschutzgrundverordnung sein oder auch bei der Frage, wie die Rechtslage in verschiedenen Ländern ist, wenn es um die Anmeldung von Unternehmens-transaktionen geht. Diese Informationen erfordern keine einzelnen Gutachten, sondern oft nur systematische Überblicke, die möglichst einfach zur Verfügung gestellt werden sollen. Darauf haben viele Kanzleien reagiert, indem sie ihren Mandanten, die ja allesamt Profis sind, solche Informationen online zur Verfügung stellen. Diese Dokumente werden durch die Mandanten dann heruntergeladen, oft gegen Entgelt, manchmal aber auch als ein kostenfreier Service.

## III. Legal Tech und Kanzleien

Das führt uns zum letzten Punkt: Legal Tech ermöglicht Kanzleien, ihre Art der „Produktion“, also die anwaltliche Leistungserstellung, effektiver und kosteneffizienter zu gestalten, und es eröffnen sich neue Vertriebswege für die anwaltlichen Leistungen und Produkte. Um das Beispiel mit den Online-Informationen aufzugreifen: Die Information muss nur einmal erstellt und dann regelmäßig aktualisiert werden, und kann danach einer Vielzahl von Mandanten oder Kunden verkauft werden. Der Vertriebsweg ist für den Anwalt theoretisch kurz und unaufwendig, denn er stellt nur ein Dokument zum Download bereit. Produktions- und Versandkosten entfallen gänzlich (allerdings sind hier völlig andere und für Anwälte ungewohnte

Vertriebsstrategien gefragt). Solche Informationen als traditionelle Beratungsdienstleistungen haben nur ein endliches Wachstumspotenzial, als digitale Produkte jedoch theoretisch ein unendliches Potenzial. Man spricht hierbei von skalierbaren Dienstleistungen. Die Kosten für die Erstellung solcher Informationen sind von der Zahl der Kunden unabhängig, es wird ein Produkt verkauft, das unendlich häufig vertrieben werden kann.

Während solche Angebote mit Legal Tech eigentlich nichts zu tun haben – es handelt sich um Word-Dokumente, die heruntergeladen werden können, was technisch eher unterkomplex ist –, sind Kanzleien inzwischen weitergegangen und haben Service-Tools entwickelt, mit denen Mandanten Rechtsfragen prüfen oder sich selber juristische Dokumente erstellen können. Die Prüfungsergebnisse sind rein softwarebasiert, die anwaltliche Tätigkeit erstreckt sich auf die Konzeption dieser Produkte oder Dienstleistungen. Die Schnittstelle zum Mandanten ist ein Portal, nicht mehr ausschließlich der persönliche Kontakt zum Anwalt. Mandanten schätzen das, weil sie einerseits günstige Services erhalten, aber dennoch die Möglichkeit behalten, ihren Anwalt zu beauftragen, wenn das softwarebasierte Ergebnis nicht ausreicht.

Technologie hilft schließlich auch intern: sei es, dass durch Software Dinge erledigt werden, die gerade junge Associates als Strafarbeit betrachten (Document Review, Datenräume usw.), oder dass immer gleiche Abläufe durch Software automatisiert werden, oder dass die Erreichbarkeit von Anwälten verbessert wird – Kanzleien werden durch Technologie schneller und kostengünstiger. Die kommende Generation von Bewerbern wählt Kanzleien auch nach der technischen Ausstattung aus. Legal Tech ist hier ein Versprechen an den Nachwuchs, flexibler arbeiten zu können und keine stumpfsinnigen Datendurchsichten vornehmen zu müssen.

Legal Tech hat das Potenzial, einen Innovationsschub in Kanzleien zu bewirken, selbst wenn innovative Lösungen mit neuartiger Technologie eigentlich nichts zu tun haben – siehe die angebotenen Informationen als Word-Dokument per Download. Dieser Innovationsschub tut Kanzleien gut, denn sie hängen traditionell hinterher.

### C. Fazit

Legal Tech ist also attraktiv, weil es sich bisher hauptsächlich als etwas Positives präsentiert – es hilft beim Zugang zum Recht dort, wo Verbraucher früher keine Chance (oder schlichtweg keine Angebote) hatten, es macht die anwaltliche

Leistung kosteneffizienter und häufig besser, es eröffnet neue Geschäftsfelder und -chancen für Kanzleien und andere Unternehmer, und es steigert schließlich insbesondere aus Sicht der jungen Generation die Arbeitsplatzzufriedenheit.

Legal Tech wird jedoch in der gesamten Anwaltschaft noch nicht ausschließlich positiv wahrgenommen. Der Rechtsmarkt verändert sich schon seit vielen Jahren, auch unabhängig von Legal Tech, und viele Anwälte fühlen sich diesen Anforderungen nicht gewachsen. Legal Tech und die Digitalisierung stehen für die Bedrohung des herkömmlichen Berufsbildes, auch wenn man nicht von einer technologischen Revolution mit der Folge massenweiser Arbeitsplatzverluste oder Kanzleiensterben sprechen kann. Anwälte sind nach einer aktuellen Studie des Soldan-Instituts verhalten oder skeptisch: zwar denkt jeder Dritte, dass er durch ein Computerprogramm von Routineaufgaben entlastet werden kann. Den Wert von Plattformen für die Mandatsgewinnung sehen aber nur 13% der Befragten, und 46% sehen die Digitalisierung nicht als Chance für den Berufsstand, sondern als Chance für Nichtanwälte, durch die sie selber aus dem Beruf gedrängt werden. Das gilt gerade für diejenigen Angebote, mit denen Verbraucher schnell und günstig Hilfe bekommen.<sup>17</sup>

Legal Tech setzt das traditionelle Geschäftsmodell von Kanzleien unter Druck und zwingt sie, ihr bisheriges Modell zu überdenken.<sup>18</sup> Nach den bisherigen Erfahrungen geschieht das aber nicht abrupt oder disruptiv und nicht über Nacht. Trotzdem stehen auch die technologie-affinen Anwälte vor der Frage, wie man Digitalisierungsprozesse in einer Kanzlei anstößt und wie man Investitionen in IT stemmen soll. Große wirtschaftsberatende Kanzleien und die Big4-Wirtschaftsprüfungsgesellschaften haben erhebliche Investitionen in IT und ihre Abläufe getätigt, und, soviel wird im Zwiegespräch zugegeben, nicht jede Investition war erfolgreich. Diese Möglichkeiten haben kleine und mittlere Kanzleien nicht. Bevor aber Legal Tech zu einem Standard wird, verbunden mit einem Preisverfall bei der Software, stehen diese Kanzleien vor der Frage, wie sie die Zukunft bewerkstelligen sollen.

<sup>17</sup> Bericht über die Studie des Soldan-Instituts von Marcus Jung im Wirtschaftsteil der FAZ vom 30.5.2017, „Zahl der Anwälte sinkt“; Link zu einer Zusammenfassung der Studie: <https://www.soldan.de/insights/anwaelte-verbinden-mit-legal-tech-mehr-risiken-als-chancen/>

<sup>18</sup> Vgl. Hartung/Ziercke, Why the developments to the competence divide (and not the digital divide) will make or break the law firm business model, in Armentano (Ed.), New Directions in Legal Services, Wilmington Group London 2017, p. 1-10.



Dr. Hariolf Wenzler\*

## Big Law & Legal Tech

### A. Herausforderung

Selten waren die Zeiten für große Anwaltskanzleien so spannend, so herausfordernd und gleichzeitig so chancen- und risikoreich wie im Hier und Jetzt.

Aus dem Blickwinkel eines archetypischen *Unternehmers* (oder einer *Unternehmerin*) lesen sich die Begriffe „herausfordernd“ und „chancenreich“ wie gemacht für die DNA des Entrepreneurs: Erobern neuer Märkte und Mandanten, neue Möglichkeiten der Geschäftsentwicklung und neue Ertragsquellen.

Aus dem Blickwinkel eines archetypischen *Juristen* (oder einer *Juristin*) lesen sich die Begriffe „spannend“ und „risikoreich“ wie ein Angriff auf das bewährte Geschäftsmodell, auf eine stabile Ordnung, wie eine Bedrohung des Status Quo mit der Folge von Unsicherheit und Angst vor dem Verlust der eigenen Komfortzone, die mitschwimmt.

Die Partnerinnen und Partner und damit Entscheidungsträger in großen Sozietäten sind beides: Juristen und Unternehmer. Und auch der Rest ist nicht so einfach: die „Komfortzone“ ist oft ein 12- bis 16-Stunden-Arbeitstag unter hoher Anspannung in komplexen und komplizierten Mandaten, hinzu kommt das Entwickeln und Gewinnen von Mandatsbeziehungen, gestiegene Erwartungen an Profitabilität, an die Führung eines Teams und die erwartete „Sichtbarkeit im Markt“ in Form von Vorträgen und Veröffentlichungen.

Und jetzt auch noch Legal Tech...

### B. Möglichkeiten durch Technologie

In einer Welt, in der das analoge Fernsehen von Netflix, der Schuhladen von Zalando, der Buchhandel von Amazon, der Musikhandel von Spotify, der Schulunterricht von YouTube (sic!), das Taxigewerbe von Uber und das Beherbergungsgewerbe von AirBnB bedroht sind, wird deutlich, dass viele weitere Industrien von der „Digitalisierung von Allem und Jedem“ betroffen sein werden.

Dabei stellt sich schon lange nicht mehr die Frage, ob Industrie 4.0, Agiles Arbeiten, Big Data und Digitalisierung der Arbeitswelt - Phänomene, zu denen wir jeden Tag unsere Mandanten beraten - auch die Rechtsberatung erreichen, denn sie sind längst da. Offen ist, wie sie unsere Arbeit in den Kanzleien verändern werden - und in welcher Geschwindigkeit.<sup>1</sup>

Fragt man Google Trend nach der Suchhäufigkeit des Begriffs „Legal Tech“ in Deutschland in den vergangenen zwölf Monaten, sieht man an der Verzehnfachung der Suchanfragen, dass das Thema einen bedeutenden Aufschwung genommen hat. Dass Legal Tech im Mainstream angekommen ist, zeigt nicht zuletzt die Tatsache, dass der gesamte Deutsche Anwaltstag vom 24. bis 26. Mai 2017 in Essen unter der Überschrift

„Innovationen und Legal Tech“ stand. Die Bandbreite der Erwartungen an das Thema ist groß: Während am einen Ende des Meinungsspektrums der gesamte Berufsstand kurz davor steht, durch künftige Intelligenz und „Robot Lawyers“ ersetzt zu werden, kämpfen am anderen Ende Anwälte in strukturschwachen Gegenden darum, überhaupt erst einen leistungsfähigen Internetzugang zu bekommen oder zögern Anwälte ernsthaft noch, sich einen LinkedIn Account zuzulegen. Sinnbildlich für den Stand der Entwicklung steht eine Sonderbeilage der NJW, die der Beck-Verlag passend zum Thema des Anwaltstags herausgebracht hat. Unter der Überschrift „Innovationen und Legal Tech“ wird ein guter Überblick aus verschiedenen Perspektiven auf das Thema geboten. Zugleich ist diese Beilage ausschließlich in Print erschienen: Digitalisierung zum Umblättern, sozusagen.

Was aber verändert sich konkret durch Legal Tech? Meine knappste Definition des Begriffes lautet: „Legal Technology ist der Einsatz digitaler Technologien zur Bewältigung juristischer Aufgaben“. Wenn dem so ist, dann umfasst der Einsatzbereich ein breites Spektrum an Software und Services, von der Unterstützung des Anwalts bis hin zur Übernahme ganzer Bereiche juristischen Denkens und Urteilens. Bei der Klassifizierung werden typischerweise drei Ebenen unterschieden<sup>2</sup>:

1. Die erste Ebene wird mit „Office Technology“ bezeichnet und umfasst die Anwendungen, die in den Bereich der Digitalisierung allgemeiner Bürotätigkeit fallen. Dazu zählen beispielsweise Kommunikations- und Organisationsplattformen wie Slack oder Workplace, Projektmanagementtools wie Trello oder Asana, Microsoft Office und Sharepoint, aber auch Plattformen und Cloud Services, die vielen Anwendungen zugrunde liegen, aber nicht rechtspezifisch sind wie Microsoft Azure, Amazon Web Services oder SAPs Clea.

2. Darüber gibt es eine zweite Ebene, die als „LegalIT“ bezeichnet wird; Anwalts-, rechtsabteilungs- oder kanzlei-spezifische Software, die speziell auf deren Bedürfnisse hin entwickelt wurde. Anbieter wie RA Micro oder STP im deutschsprachigen Raum, Clio oder Thomson Reuters ELITE im angelsächsischen Raum und neuerdings cloud-based

\* Dr. Hariolf Wenzler ist Chief Strategy Officer für die deutschen und österreichischen Büros von Baker McKenzie und zudem Präsident der European Legal Technology Association (ELTA). Dieser Beitrag erscheint in redigierter Fassung in Hartung / Bues / Halbleib: Legal Tech. Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, Beck Verlag 2018. Der Autor dankt dem Verlag für die Genehmigung.

<sup>1</sup> Eversheds Sutherland / Winmark: The Looking Glass Report 2016, Raising the Bar, Digital Technology and the Enhancement of Legal Services (<http://lookingglassreport.eversheds.com/download-the-full-report.html>; 1. Juni 2017)

<sup>2</sup> In Anlehnung an Veith/Wenzler/Hartung u.a., How Legal Technology Will Change the Business of Law, Final Report of Bucerius Law School and The Boston Consulting Group on impacts of innovative technology in the legal sector, 2015/2016, Download hier: [http://www.bucerius-education.de/fileadmin/content/pdf/studies\\_publications/Legal\\_Tech\\_Report\\_2016.pdf](http://www.bucerius-education.de/fileadmin/content/pdf/studies_publications/Legal_Tech_Report_2016.pdf)

Software wie Legal Trek, eine Software-as-a-Service (SaaS) Lösung, die das Kanzleimanagement von der Mandanten- und Aktenanlage über das Zeiterfassen, Organisieren, Kommunizieren, Dokumentieren bis hin zum Erstellen der Rechnung als komplette Dienstleistung abbildet, KanBan-Boards, CRM und Dashboards zur Visualisierung und zum Reporting inklusive.

3. Schließlich gibt es eine dritte Ebene der Anwendungen, die man als Legal Tech im eigentlichen Sinne bezeichnen würde. Hier finden sich Anwendungen, die teilweise unter Einsatz selbstlernender Technologien, also künstlicher Intelligenz, im Kern juristische Fragestellungen beantworten. Dazu zählen automatisierte Vertragsanalysen wie von eBrevia, Kira, Luminance oder Levertor, eDiscovery Tools wie Relativity, intelligente Entscheidungslogiken wie NeotaLogic oder Tools zur Prognostik und Prädiktion wie Ravel, LexPredict oder IBM Watson.

In den meisten großen, international agierenden, wirtschaftsberatenden Kanzleien wird nach Kenntnis des Autors mit Software aller drei Ebenen gearbeitet, zumindest aber experimentiert. Fast überall gibt es Task Forces, Committees und Gruppen, die sich mit den Möglichkeiten und Herausforderungen beschäftigen. Idealerweise arbeiten hier Kolleginnen und Kollegen unterschiedlicher fachlicher Hintergründe (Juristen, Paralegals, IT-Fachleute, Projektmanager etc.), unterschiedlicher Senioritätsstufen und aus unterschiedlichen Jurisdiktionen zusammen.

Je nach Innovationsfreude gibt es große Kanzleien, die signifikante Investments in Technologie, Infrastruktur und / oder Talente tätigen, um hier Motor einer Entwicklung zu sein, während andere tendenziell eher abwarten. Auffällig engagiert sind auch die vier großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die traditionell IT-affin sind und gelernt haben, in bestimmte Bereiche strategisch zu investieren. Einen guten Überblick gibt die Financial Times, die jährlich einen Bericht über „Innovative Lawyers“ veröffentlicht, Initiativen von Kanzleien und alternativen Anbietern von Rechtsdienstleistungen vorstellt und - im angelsächsischen Raum immer beliebt - Ranglisten in verschiedenen Kategorien erstellt.<sup>3</sup> Die Bereitschaft und die Fähigkeit zu investieren hängt neben dem „Mindset“ in Partnerschaften von vielen weiteren Faktoren ab, die Investitionen oft eher behindern anstatt sie zu fördern. Dazu zählen die partnerschaftliche Struktur und das Gewinnverteilungsmodell, bei dem für jede Investition auf Entnahme verzichtet werden muss, eine fehlende Historie und Kultur von institutioneller Forschung und Entwicklung auf Ebene der Kanzlei bzw. des Geschäftsmodells und häufig schlechte Erfahrungen mit Investitionen, weil Strukturen für und Erfahrungen mit straffem und ergebnisorientiertem Projektmanagement fehlen, welches wiederum Voraussetzung für eine erfolgreiche Umsetzung von Investitionsentscheidungen ist. Die Vorstellung, man sei lieber „smart follower“ statt „first mover“, weil man damit das Risiko der Geldverschwendung minimiere, ist daher auch ein häufig zu hörendes Diktum im Gespräch mit Kolleginnen und Kollegen.

## C. Die Kanzlei der Zukunft

Wie sieht die Kanzlei der Zukunft aus? Der strategische Ansatz von Baker McKenzie als einer sehr großen, internationalen Full-Service Kanzlei ist, sich ein Bild von der Kanzlei der Zukunft zu machen und daraufhin Entscheidungen zu treffen, die den Weg dorthin ermöglichen. Der Umgang mit und der Einsatz von Legal Tech ist also eingebettet in die Strategie der Kanzlei, für die ein globales Executive Committee verantwortlich ist und die in Practice- und Industry Groups sowie in den verschiedenen Erdteilen, Ländern und Büros umgesetzt wird. Unser Ziel ist, für unsere Mandanten pragmatische und klare Lösungen in einer immer komplexer werdenden Welt zu finden, die ihnen helfen, ihre Strategien erfolgreich umzusetzen. Wie sehr Innovationen und technische Neuheiten die Welt unserer Mandanten verändern und wie wir als Kanzlei darauf reagieren, erarbeitet ein Global Innovation Committee, das Vorschläge unterbreitet, wie und wofür investiert werden soll und dem der Verfasser angehört. Mit zwei globalen Service Centers in Manila und Belfast hat Baker McKenzie bereits eine lange Tradition, in innovative Strukturen zu investieren. Wir arbeiten als erste Kanzlei überhaupt mit Methoden des Design Thinking und haben mit „Whitespace Collab“ in Toronto im Juni 2017 den weltweit ersten Legal Innovation Hub eröffnet - mit sehr positiver Resonanz nicht nur von Mandanten, sondern auch in der Öffentlichkeit. Die Investitionen in eine andere Infrastruktur, in andere als „nur“ juristische Fähigkeiten wie Design Thinking, Projekt- und Prozessmanagement, und in Technologien, die die Arbeit von Anwälten unterstützt, ist jedoch kein Selbstzweck, sondern wird entlang der künftigen Bedürfnisse unserer Mandanten entwickelt.

In zahlreichen Gesprächen mit Mandanten, mit vielen im Silicon Valley beheimateten Technologiefirmen, mit europäischen und deutschen Global Playern, mit Marktforschern, Start-Ups, Venture Capital-Gebern und großen Mandanten aller Industrien, die sich der Digitalisierung aktiv stellen, sowie durch die Auseinandersetzung mit der vielen Literatur<sup>4</sup> rund um die Veränderungen der „Legal Profession“, haben wir eine Vorstellung davon herausdestilliert, was eine Anwaltskanzlei der Zukunft auszeichnet.

Nach unserer Auffassung werden die globalen Anwaltskanzleien künftig geographisch noch breiter aufgestellt sein, also in noch mehr Ländern eigene Büros und Expertise vorhalten und ihren Mandanten ein noch umfassenderes Spektrum an Beratungsdienstleistungen anbieten, das mithilfe immer fortgeschrittener technologischer Lösungen erstellt werden wird. Dadurch wird es im Back-end anspruchsvoller sein, während es im Front-end (User Experience) bedienerfreundlicher sein wird. Die zunehmende Komplexität der Welt des Handels, der Wirtschaft und der Technologie wird sich in einer ebenfalls zunehmenden Komplexität rechtlicher Regelungen, Vorschriften und Gestaltungsmöglichkeiten ausdrücken. Mandanten werden immer mehr erwarten, Handreichungen zu erhalten, wie sie diese Komplexität beherrschen und in geschäftliche

<sup>3</sup> <https://www.ft.com/reports/innovative-lawyers>

<sup>4</sup> Statt vieler: besonders lesenswert und aktuell: The Law Society of England and Wales: Capturing Technological Innovation in Legal Services, January 2017 (<https://ncmedia.azureedge.net/ncmedia/2017/04/capturing-technological-innovation-report.pdf>; 1. 6. 2017)

Opportunitäten umsetzen können. Die Beratungsleistung muss sich also für den Mandanten zunehmend als einfach zu verstehende, einfach zu bedienende oder einfach zu navigierende Oberfläche anfühlen, die von „commercial pragmatism“ geprägt ist. Darunter verbirgt sich dann wiederum juristische Expertise und Exzellenz, die man nicht an der Oberfläche sieht, die das Produkt aber qualitativ ausmacht. Weil die Erstellung von solchen Beratungsprodukten immer komplexer werden wird, braucht es arbeitsteilige Teams aus Juristen und Nichtjuristen, die mit Hilfe von Office Technology, Legal IT und Legal Technology gemeinsam an Lösungen entlang definierter Prozesse und messbarer Qualitätskriterien arbeiten. Maßgeblich hierfür ist das Bild, das eine Studie der Boston Consulting Group und der Bucerius Law School im Jahr 2016 prägte: die Entwicklung der Kanzleistruktur von der Pyramide zur Rakete.<sup>5</sup> Während das klassische Organisationsmodell von Kanzleien einer Pyramide glich, bei der unten viele Associates und oben wenige Partner arbeiteten bei der alle Leistungserbringer (oder Time-Keeper) Juristen waren, und die von einem „Up or Out“ auf dem Weg von unten nach oben gekennzeichnet war, wird die Kanzlei der Zukunft sehr viel eher einer Rakete ähneln: Die Juristen-Pyramide wird ein Juristen-Zylinder, an den sich Flügel anflanschen, die aus Nichtjuristen bestehen: Paralegals, Legal Project Managers, Legal Technicians, Wirtschaftsjuristen und weitere Qualifikationen, die gebraucht werden, um eine insgesamt komplexere Beratungsleistung zu erstellen.

## D. Die Bedeutung von Technologie, Daten und Arbeitsteilung

Der Technologie kommt die Rolle eines Katalysators zu. Technologie ermöglicht es, Routinearbeit mithilfe intelligenter Systeme zu automatisieren. Künstliche Intelligenz wird Urteilkraft entwickeln, die das menschliche Judiz unterstützt. Vorhersagen und Wahrscheinlichkeiten werden anhand großer Datenmengen berechnet werden können und die Einschätzung, das Bauchgefühl und die Erfahrung einer Anwältin und eines Anwalts stützen, verfeinern, ergänzen und teilweise ersetzen. Viele Legal Process Outsourcing-Firmen, alternative Anbieter von Rechtsdienstleistungen, die heute noch im Wesentlichen Personalgestaltung betreiben, werden künftig durch den Einsatz von Technologie entlang einer Lernkurve mit weit weniger Menschen ihre Dienste bereitstellen können.

Ein wachsender Anteil der Arbeit, die heute in Vollzeit angestellte Associates erbringen, wird durch Menschen in hybriden Formen der Beschäftigung erbracht werden, die vom Heimarbeitsplatz bis hin zu projektgebundenen Arbeitsformen auf Plattformen wie Lawyers on Demand reicht. Diese „liquid workforce“ wird helfen, Probleme von Unter- und Überkapazitäten zu minimieren und es Kanzleien und Unternehmen ermöglichen, mit einer „atmenden Belegschaft“ zu arbeiten. In der „Gig-Economy“ wird es zunehmend Arbeitskräfte geben, die örtlich und zeitlich flexibles Arbeiten schätzen.

Vielleicht am wichtigsten aber ist, dass in Zukunft die Daten im Mittelpunkt jedes anwaltlichen Geschäftsmodells stehen werden. Kanzleien werden „data driven businesses“ sein. Die

datengestützte Kenntnis von Mandantenbedürfnissen und Kundenhistorie, der Zugriff auf Daten zu Beratungszwecken, etwa Kenntnisse über Industrien und die Verfügbarkeit früherer Beratungsinhalte werden entscheidend für den Kanzleierfolg sein. Mandanten werden erwarten, dass ihre Anwälte über relevante Daten ad hoc verfügen. Rechtsanwälte und Inhouse-Juristen werden fortgeschrittene Kenntnisse im intelligenten Umgang mit Daten auch deshalb benötigen, weil Kanzleien und Rechtsabteilungen selbst mit Informationen in Echtzeit gesteuert werden können: Pricing, Fees, Collections, Außenstände, Auslastung und Profitabilität ermöglichen ein fein granuliertes und aktuelles Performance Management. Im Business Development ist es das Kennen, Auswerten und Nutzen von Mandantendaten, die deren Verhalten in der Vergangenheit und damit eine Mandantenhistorie beschreiben, um daraus künftige Bedarfe zu ermitteln und vorherzusagen. Das von vielen Full-Service-Kanzleien angestrebte Cross-Selling geht nicht mehr alleine von der absenderorientierten Idee des „Verkaufens der mannigfaltigen Fähigkeiten einer Kanzlei“ aus, sondern basiert auf der Kenntnis und Prognose künftiger Mandantenbedarfe, für die passgenaue Angebote entwickelt werden. Im materiellen Bereich sind es wiederum Schriftsätze, Präzedenzfälle, Vertragsmuster und Klauseln, die künftig viel intelligenter verknüpft und genutzt werden können. Dies setzt Standardisierung und Prozesse voraus, um mit Datenbeständen entsprechend arbeiten zu können. Eine große Herausforderung wird das Speichern von Daten in der Cloud sein, um die langfristig kein Weg herumführt. Damit stabile und saubere, datenschutzrechtlich sichere und verfügbare Cloud-Lösungen möglich sind, bedarf es erheblicher Anstrengungen, insbesondere unter dem neuen europäischen Datenschutzrecht, aber auch den nationalen Berufsrechten der wirtschaftsberatenden Berufe.

Eine weitere wichtige Voraussetzung auf dem Weg zur Kanzlei der Zukunft ist, die Bereitschaft, arbeitsteiliger zu arbeiten, als bisher. Ein komplexeres Beratungsprodukt erfordert andere Fähigkeiten. Programmierkenntnisse, Kenntnisse in Datenvisualisierung und Datenanalyse werden ein wichtiger Bestandteil des Beratungsprodukts sein. Daher stellt sich die Frage, ob dies Kenntnisse sind, die Juristen zusätzlich zu ihren juristischen Fähigkeiten erwerben müssen oder ob dies Fähigkeiten „sui generis“ sind und von Nicht-Juristen eingebracht werden. Nach Auffassung des Verfassers werden es Letztere sein, die zugleich auf einen neuen Typus von Juristen treffen müssen, der mit ihnen kommunizieren und arbeitsteilig Produkte erstellen kann. Angesichts der Juristenausbildung, in der methodisch Teamarbeit keine Rolle spielt und inhaltlich Arbeitsteilung als Konzept ebenfalls nicht vorkommt, stellt dies sicherlich eine besondere Herausforderung dar.

Inhaltlich stellt dies die zweite Welle der Professionalisierung in Anwaltskanzleien dar. Die erste Welle war die Professionalisierung des Kanzleimanagements. Lange gehörten Anwaltskanzleien zu den „undermanaged professions“, vergleichbar mit Kliniken, die bis vor einigen Jahren von Ärzten geführt

<sup>5</sup> Veith/Wenzler/Hartung u.a., How Legal Technology Will Change the Business of Law, Final Report of Bucerius Law School and The Boston Consulting Group on impacts of innovative technology in the legal sector, 2015/2016, Download hier: [http://www.bucerius-education.de/fileadmin/content/pdf/studies\\_publications/Legal\\_Tech\\_Report\\_2016.pdf](http://www.bucerius-education.de/fileadmin/content/pdf/studies_publications/Legal_Tech_Report_2016.pdf)



wurden oder Hochschulen, die von Professoren geleitet werden. Viele Organisationen im Non-Profit-Bereich gehören ebenfalls dazu, weil „Management“ in einer vormodernen Sicht zu den Funktionen gehört, die vermeintlich nur zur Kostenbasis beitragen, aber keinen eigenen Wert schaffen, während erfolgreiche Unternehmen umgekehrt gute Unternehmens- und Mitarbeiterführung als zentralen Wert ihrer Unternehmung begreifen. Das gilt auch für viele erfolgreiche internationale Sozietäten, deren Management oft in einer Mischung aus gewählten Partnern und professionellen Managern besteht, die eng und arbeitsteilig mit Verantwortung für den jeweiligen Zuständigkeitsbereich zusammenarbeiten.

Die zweite Welle der Professionalisierung bringt ebenfalls andere als juristische Fähigkeiten in die Kanzleien. Der Unterschied aber ist, dass es nun nicht um Back-Office-Funktionen geht, sondern um „Zulieferer“ für den Kernbereich juristischer Beratung. Neben der Aufgabe für die Personalabteilungen der Kanzleien, sehr unterschiedliche Profile für komplexe Teams zu erkennen und einzustellen, fordert dies das Geschäftsmodell heraus, weil es Stundensätze für nicht-juristische Tätigkeiten festzulegen gilt, die künftig fester Bestandteil der „delivery“ sein werden.

Eine weitere, wesentliche Herausforderung stellt schließlich die Fähigkeit zu investieren dar. Das klassische Geschäftsmodell der partnerschaftlich strukturierten Anwaltskanzlei erschwert Investitionen dadurch, dass sie den unmittelbar entnehmbaren Anteil für Partner am Jahresende reduzieren. In besonderem Maße gilt dies für Kanzleien, die nach dem so genannten Cash-Accounting bilanzieren. Weil der Veränderungsprozess aber Investitionen erfordert, und zwar in Technologie, Aus- und Weiterbildung und möglicherweise in unternehmerische „Experimente“, deren Return on Invest ex ante unsicher ist, wird dies einen Veränderungsprozess im Investitionsverhalten herbeiführen. In Deutschland würde das erfordern, dass das anwaltspezifische Gesellschaftsrecht modernen Anforderungen angepasst wird und Investitionen steuerlich so wie in anderen Unternehmen behandelt werden können. Dabei steht zudem zu vermuten, dass mit der Größe der Anwaltskanzlei die Fähigkeit zum Investieren zunimmt und größere Kanzleien Erfahrungen mit größeren Investitionen wie z.B. in IT-Systeme haben. Dies stellt umgekehrt kleinere und mittlere Kanzleien vor große Herausforderungen. Andererseits ist auch nicht sichergestellt, dass nur aufgrund der Größe einer Anwaltskanzlei die Investitionsbereitschaft steigt, noch ist mit Sicherheit davon auszugehen, dass mit steigender Bereitschaft auch die Qualität der Investitionsentscheidungen besser wird.

Der habituell größte Anpassungsschritt wird die nächste Stufe interdisziplinärer Zusammenarbeit sein. Rechtsanwälte werden mit Menschen, die über komplementäre Kompetenzen verfügen, noch intensiver und routinemäßig zusammenarbeiten. Je größer und je grenzüberschreitender Mandate werden, desto wahrscheinlicher werden sich die Teams aus Juristen

unterschiedlicher Seniorität und Fachkenntnis mit beispielsweise Datenanalytikern, Visualisierern und Projektmanagern zusammensetzen, die allesamt von Maschinen, Software und Algorithmen unterstützt werden, die die eher repetitiven Aufgaben übernehmen. Die erfolgreichsten Anwaltskanzleien werden darauf ausgerichtet sein, eine bessere „User Experience“ (UX) für Mandanten zu schaffen. Dabei werden allerlei Anleihen bei anderen Beratern und Serviceindustrien gemacht werden, die heute bereits mit Start-Ups kooperieren, um deren Arbeitsweise kennenzulernen, die Innovation Hubs betreiben, mit Universitäten kooperieren und eine Arbeitsweise des „experiment, collaborate and co-create“ pflegen.

Für Baker McKenzie bedeutet das, einen Weg zu beschreiten, an dessen Anfang die Kenntnis von Daten und der Einsatz von Technologien und modernen Arbeitsmethodiken steht, und an dessen Ende eine Kanzlei neuen Typs stehen kann. Aus diesem Grund ist die Kernaussage dieses Beitrags, dass die elementare Veränderung durch Legal Tech nicht in der Anwendung neuer Software oder dem Einsatz neuer Tools und Apps liegt. Legal Tech ist ein ermöglichender Faktor, ein Treiber oder Katalysator für eine Entwicklung, die die Umwälzung einer ganzen Branche vorantreiben wird. Der arbeitsteilig organisierten, datenzentrierten, agilen, mit modernen Tools und Methoden sowie interdisziplinär arbeitenden Kanzlei neuen Typs wird diese Zukunft gehören. Das ist die eigentliche Herausforderung, weil sie an den Grundfesten des Anwaltsberufs, des Bilds der Juristen von sich selbst, der Ausbildung und hergebrachten Rollenbildern rüttelt.

## E. Fazit

Legal Tech ist ein Treiber zur weiteren Professionalisierung der großen Anwaltskanzleien. Eine engere und inhaltlich weitgehende Zusammenarbeit mit Nicht-Juristen, die Beherrschung effizienter Prozesse und die mandantenzentrierte Entwicklung neuartiger, komplexerer und zugleich bedienerfreundlicher Beratungsprodukte stellt Kanzleien und ihre Personalabteilungen sowie die Ausbildungslandschaft vor Veränderungen und Herausforderungen. Am meisten gefordert aber sind die Juristen selbst: Auf dem Weg zum Anwalt im 21. Jahrhundert gilt es, Gewohnheiten und (Selbst-) Zuschreibungen zu hinterfragen, sich für eine noch weitergehende Arbeitsteilung mit „Professionals“ zu öffnen, Geschäftsmodelle und Arbeitsmethodiken der Mandanten zu durchdringen und dem Einsatz von Technologie mit Interesse und Neugierde zu begegnen. Das Juristische wird im Kern seine Bedeutung in den großen Kanzleien behalten, das menschliche Judiz sogar wichtiger werden. Das Unternehmensmodell Big Law um diesen Kern herum wird zugleich noch unternehmerischer werden, professioneller und mit mehr Technologie als heute. Am Ende steht ein „Augmented Lawyer“, der oder die datenbasiert und technologiegestützt ein noch besserer unternehmerischer Berater seiner Mandanten ist als heute.

Jakob Rehder, Felix Tann, Katharina Watzke\*

# Wine and Sweet Words – Intellectual Property and Identifying Drinks

## Case Brief of the 2016/2017 Oxford IP Moot

### A. The facts

This year's Oxford International Intellectual Property Moot problem dealt with two wineries in the fictional country of Erewhon: Whispering Gums Winery ("Whispering Gums"), the appellant, and Loddon River Vineyards ("Loddon River"), the respondent.

Whispering Gums produced a sparkling white wine marketed under the name "Wizard's Wizz Erewine". The term "Erewine" was widely used by wine producers in the country to refer to a double-fermented sparkling white wine made in Erewhon using locally grown grapes. Wizard's Wizz Erewine was sold in recently invented and specially designed bottles with 1cm-wide internal dimples instead of a flat interior, enhancing the effervescence, flavour and aroma of the bottle's contents by increasing the number of bubbles produced once a bottle had been opened.

Improving a drink's flavour was not the only effect of the bottle: A study found that the blood-alcohol levels of persons drinking alcoholic beverages rose between 1.5 to three times faster when they consumed alcohol from the newly invented bottle as opposed to a regular one. Essentially, the bottle ensured that consumers became drunk faster, which raised public policy concerns. Young Erewhonian citizens used Wizard's Wizz Erewine primarily to become intoxicated as quickly and cheaply as possible, which was assumed to have led to several hospital admissions and arrests.

Whispering Gums held a patent ("the 789 Patent") in respect of this bottle design. Claim 1 of the 789 Patent read: "A glass bottle for enhancing the effervescence of sparkling wines, being a bottle [the claim goes on to describe the interior dimpling]." While the *claim* itself specifically referred to "sparkling wines", the *description* of the invention referred to beverages containing carbon dioxide in general.

In November 2015, Loddon River launched an alcoholic apple cider and a fizzy non-alcoholic elderflower wine marketed as "Elderflower Erewine" in bottles physically identical to the those used by Whispering Gums for its Wizards Wizz Erewine.

At first instance, the High Court of Erewhon faced two complaints. First, Whispering Gums alleged that Loddon River's selling apple cider and elderflower wine in a bottle identical to the one patented under the 789 Patent constituted patent infringement. Second, Whispering Gums contended that Loddon River's use of the word "Erewine" to describe its non-alcoholic Elderflower wine constituted passing off in its extended form.

Madame Justice Davies found in favour of Loddon River. She reasoned that, although Loddon River's bottles fell within the scope of Claim 1, the 789 Patent was invalid for

being contrary to public policy or morality under section 10 III of the Patents Act 1980. Furthermore, she held that the word "Erewine" lacked goodwill or, if there was goodwill associated with it, the claimant was not a member of the class sharing the goodwill.

### B. Overview

In the Oxford IP Moot the case is always decided by a fictional court (the "Erewhonian Supreme Court") in an imaginary country ("Erewhon") that has not previously dealt with the legal questions before it. Case law from any country is persuasive authority. The mooters therefore always have to argue as regards what reasoning the Erewhonian court should adopt, and why.

The case had five major issues. Two of them concerned patent law, and the other three pertained to extended passing off, an IP doctrine that derives from trademark law.

The first issue was how the Erewhonian Supreme Court should construct patent claims. The second was how the Court should apply sec. 10 III of the Erewhonian Patents Act, which precludes inventions contrary to morality or public policy from being patented. The third question was whether "Erewine" attracted goodwill and, if it did, whether Whispering Gums was a member of the class of Erewine producers that enjoyed that goodwill. The fourth issue was whether Loddon River's sale of the Elderflower Erewine was a misrepresentation and, finally, whether that sale caused Whispering Gums to suffer damage.

### C. Patent issues

#### I. Construction (general)

The first question was whether the sale of Loddon River's Elderflower wine and cider in the 789 patented bottle fell under the scope of the patent claim. Loddon River would only have infringed the 789 patent if that was the case. Claim 1 of the 789 patent refers to "*A glass bottle for enhancing the effervescence of sparkling wines, being a bottle...*". There are three possible ways to interpret this claim: literally, purposively or by way of a non-textual construction (the "doctrine of equivalence").

#### II. Literal

Under a literal construction, claim 1 can be read in two different ways. The crucial question is how "for" should be interpreted. The first possible literal meaning would be "a glass bottle when used for enhancing the effervescence of sparkling wines". The second way to read the claim could be "a glass

\* Die Autoren nahmen am Oxford IP Moot 2016/2017 als Team der Bucerius Law School teil. Das Team gewann den Wettbewerb an dem jährlich 60 Teams von Universitäten aus der ganzen Welt teilnehmen.

bottle suitable for enhancing the effervescence of sparkling wines". The difference between the two interpretations is that under the first reading the patent claim would protect the 789 patented bottle only when it is filled with sparkling wine. The second reading would grant patent protection to the 789 bottle regardless of the purpose for which it was being used, as long as the bottle had the physical characteristics necessary to improve the effervescence of sparkling wines. *Bastus Cortes v. Idea Italia* supports the latter construction. In that case, the patent claim referred to "a protective case for enclosing a delicate object". The court found that the stated use simply implied certain physical limitations without which the apparatus could not be used for that purpose.<sup>1</sup>

### III. Purposive construction

Under a purposive construction, the standard is what a person in the practical field in which the invention is intended to be used would understand to fall within the protected scope. One issue the court had to determine was who that person of average skill and knowledge would be (for example, a beverage manufacturer or a producer of sparkling wine, or both). Another issue was to what extent the patent *description* could be used to interpret the patent *claim*. The patent description here referred to "beverages such as sparkling wine that contain carbon dioxide in order to make them effervescent upon opening and pouring". The description might therefore suggest to the skilled reader that the invention was not intended to be claimed only when it was used for storing sparkling wines. However, *Merck v Generics, Brugger and Ors. v. Medic-Aid Ltd.* and *Kirin-Amgen v. Hoechst Marion Roussel* suggests that, while the description can be used to interpret the patent claim, it cannot be used to extend the patent claim, since the patent description and the patent claim have different functions.<sup>2</sup> The patent description describes the invention, while the claim states the monopoly that is claimed.<sup>3</sup> The inventor may claim less than he invented.<sup>4</sup>

### IV. Non-textual construction ("doctrine of equivalence")

Furthermore, courts in some countries employ a non-textual approach to patent claim construction, the so-called "doctrine of equivalence". Under this doctrine, there can be patent infringement even if the infringing device does not literally or implicitly fall under the patent claim,<sup>5</sup> provided that the infringing device is equivalent to the claimed invention. This will be the case where the subsequent device features a change that has no or little effect on how the prior invention works, but which makes the device fall outside the language of the patent claim.

The first issue was whether the Erehonian Supreme Court should adopt such a non-textual approach to patent construction at all. Many countries, such as the UK, do not employ such an approach.<sup>6</sup> Countries that do employ it, such as Germany and the US, do so quite differently.<sup>7</sup> The court could and would only employ the doctrine if it found that there was no textual infringement. That would only be the case if the court interpreted the patent claim to mean "a glass bottle *when used* for enhancing the effervescence of sparkling wines". If that was the meaning of the claim and the court adopted the doctrine in this case, then replacing the sparkling

wine with Elderflower wine or cider would likely constitute an immaterial change, since changing the drink contained in the bottle would have no effect on how the invention worked. Consequently, there would be no infringement under the doctrine of equivalence.

### V. Summary patent construction

The court would probably find that the patent claim should be read as meaning "a glass bottle that must be suitable for the stated use". Consequently, the sale of the Elderflower wine and cider would constitute patent infringement under a literal construction. In terms of that interpretation, Loddon River did not change the invention at all by using the 789 patented bottle to hold beverages other than sparkling wine. Accordingly, there would be no need for to use the doctrine of equivalents.

### D. Morality or public policy exclusion

Section 10 III of the Patent Act provides that "a patent shall not be granted for an invention the commercial exploitation of which would be contrary to public policy or morality". There is no plain formula for public order or morality issues.<sup>8</sup> Thus, there are different approaches to establish what constitutes a violation of public policy and morality.

One way is to apply a narrow standard, which is only met where an invention is universally regarded as outrageous (the abhorrence standard). This is the case where granting a patent would seem unconscionable since it would be in such stark contrast to society's values.<sup>9</sup> Similarly, the European Patent Office has established that patenting is forbidden only when products can be used in an exclusively immoral way.<sup>10</sup> This test takes into account that patent law is generally not a regime of public policy or morality, which suggests that courts should be slow in deciding that a patent should be interpreted as being contrary to public policy or immoral. The patent system is primarily concerned with technical considerations. Patent Offices are hardly competent or qualified to be routinely involved in ethical questions.<sup>11</sup> This approach is also supported

<sup>1</sup> *Bastus Cortes v. Idea Italia*, T 1389/10, p. 6.

<sup>2</sup> *Merck & Co. Inc v. Generics UK Ltd.* [2004] R.P.C. 31, p. 622 pg. 38; *Brugger and Ors. V. Medic-Aid Ltd.* [1996] R.P.C. 635, 641 ff.; *Kirin-Amgen v. Hoechst Marion Roussel* [2004] UKHL 46.

<sup>3</sup> *Kirin-Amgen v. Hoechst Marion Roussel* [2004] UKHL 46, p. 634.

<sup>4</sup> *Merck v. Generics* [2004] R.P.C. 31, p. 622.

<sup>5</sup> *Graver Tank & MFG. Co. v. Linde Air Products Co.* 339 U.S. 605, 606 (1950).

<sup>6</sup> See *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.* (1982) R.P.C. 183; *Kirin-Amgen, Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd.* [2004] UKHL 46, p. 6 ff.

<sup>7</sup> BGH GRUR 2002, 515 – Schneidmesser; *Graver Tank* 339 U.S. 605, 606.

<sup>8</sup> Accordingly, the World Intellectual Property Organization (WIPO) states, "What constitutes a contravention against public order and morality depends on the time and the place. In certain cases, the question of public order and morality will be answered differently even by individuals in the same country." See WIPO, Standing Committee on the Law of Patents (2009) SCP/13/3.

<sup>9</sup> EPOR 16 (Opposition Division).

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> OJ EPO 388 (Opposition Division), again stating that the EPO is not the right institution to decide on fundamental ethical questions.



by the fact the Section 10 III of the Patent Act was originally a TRIPS provision. The TRIPS agreement seeks to establish similar standards in all signatory states, including Erewhon. Article 27 No. 2 provides for an optional *ordre public* or morality exception. Those states are not required to introduce immorality exception provisions and, indeed, many states have not done so. A wide interpretation would frustrate the agreement's purpose of having similar patent-law standards in all signatory countries.

Alternatively, a utilitarian balancing test can be applied (balancing exercise). This test involves a careful weighing of the respective benefits and risks at stake.<sup>12</sup> In *Harvard/OncoMouse*, the board employed this utilitarian balancing test.<sup>13</sup> This test relates to the primary aim of patent law, which is to promote the progress of science and the useful arts.<sup>14</sup>

A third method was established in *Plant Genetic Systems/Glutamine synthetase inhibitors*.<sup>15</sup> The court employed on a three-element test. According to this test, the exploitation of a patent is contrary to public policy and morality, if, firstly, public policy and morality concerns are severe; secondly, the patent can be exclusively used in an immoral way or is directed at misuse; and, thirdly, the respective risks outweigh the potential benefits of the patent.

Morality exclusion clauses are typically relevant in biotechnology cases. For instance, patents pertaining to methods involving the destruction of human embryos have been regarded as abhorrent and non-patentable.<sup>16</sup> This year's moot case, however, concerned a standard glass bottle. Hence, *Whispering Gums* questioned the applicability of section 10 III of the Patent Act to this case. By referring to the standard established by the European Patent Office, it was argued that drinking alcoholic beverages cannot be regarded as exclusively immoral.

Relying on the balancing exercise, Loddon River emphasised that the 789 Patent was intended and promoted to be used in an abusive and irresponsible way. In terms of the three-element test established in *Plant Genetic Systems/Glutamine synthetase inhibitors*, the patent was, therefore, directed at misuse. Moreover, it was argued that the potential risks to public health and safety arising from overconsumption of alcohol (for example, in traffic) would outweigh the minor benefits (primarily enhanced flavour and aroma) of the patented bottle.

However, contending that the patented bottle is contrary to public policy or morality must in the end be considered far-fetched and unjustifiable, taking into account that there is no concrete case law regarding common items like glass bottles.

## E. Trademark issues

Finally, the case encompassed an aspect of trademark law – namely, whether the term “Erewine” had acquired a distinct meaning and reputation in Erewhon, and was therefore to be considered capable of being passed off in the extended sense. A second, related issue was whether the sale of non-alcoholic “Elderflower Erewine” diminished the acquired reputation and

distinctiveness of “Erewine” or, alternatively, whether it was different from “Erewine”, and therefore did not misrepresent the potential class of “Erewine”.

All of these issues arise under the action for extended passing off, which is derived from the classic trademark action for passing off. The main goal of passing off is to protect traders in the market from fraudulent behaviour by competitors who market their products by referring to the good name or signs of another trader, and thereby profit from an already clearly established position in the market.

## I. Goodwill

The first requirement for extended passing off is that there is a class of goods with distinctive qualities that has acquired goodwill in the market.<sup>17</sup> According to the case of *Erven Warnink BV v J Townend & Sons*, there has to be a distinct set of qualities to establish goodwill in a class of goods.<sup>18</sup> “Erewine” denotes a type of wine that has certain distinct qualities owing to a particular method of production (double fermentation). It is produced in a restricted geographical area (Erewhon), made from a limited range of ingredients (only locally grown white-wine grapes), and has a confined scope of execution<sup>19</sup> (resulting in 5-14% alcohol content). However, there is no evidence of anything special about the product, other than the fact that it is manufactured in a certain country (Erewhon). At first glance, this would suggest that “Erewine” might not have acquired goodwill in the market and the action for extended passing off is not available.

Nevertheless, if one considers the roots of the action for extended passing off, and in particular the fact that it stems from “classic” passing off, one needs to consider the case of *IRC v Muller & Co.'s Margarine*.<sup>20</sup> Handing down judgment in the matter, Lord Macnaghten held that the first requirement for establishing goodwill lies in identifying a class of goods that has the attractive force that brings in custom.<sup>21</sup> This idea is the cornerstone for proving goodwill, and refers to the original conception of passing off: protection of what distinguishes an established business in the market from a newcomer. On top of that idea, Lord Diplock and Lord Fraser of Tullybelton crafted a broader and less restricted version

<sup>12</sup> EPOR 525 (Exam).

<sup>13</sup> EPOR 525 (Exam).

<sup>14</sup> Article 1 Section 8 Clause 8 of the Constitution of the United States of America.

<sup>15</sup> 24 IIC 618 (Opposition Division).

<sup>16</sup> [16] European Patent Office T 0522/04.

<sup>17</sup> Among many, *Erven Warnink BV v J Townend & Sons* [1980] AC 731, 739; *J Bollinger v Costa Brava Wine Co. Ltd.* [1960] Ch. 262, 280; *Chocousse Union des Fabricants de Chocolat v Cadbury Ltd* [1999] RPC 826 (CA), 831; *FAGE UK Limited, FAGE Dairy Industry SA v Chobani UK Limited, Chobani Inc* [2014] EWCA Civ 5, [2014] FSR 29, 49-53.

<sup>18</sup> *Erven Warnink BV v J Townend & Sons* [1980] AC 731, 739.

<sup>19</sup> A “confined scope of execution” is characterized by a limited range of potentially viable outcomes, e.g. in the case of champagne: 12 % of alcohol. Anything that is not within a scope of 11 % to 13 % needs to be considered out of the “confined scope of execution” and therefore cannot be considered champagne.

<sup>20</sup> *Commissioners of Inland Revenue v Muller & Co.'s Margarine Ltd* [1901] AC 217.

<sup>21</sup> *Commissioners of Inland Revenue v Muller & Co.'s Margarine Ltd* [1901] AC 217, 222.

of passing off in *Warnink v Townend* – also known as the “Advocaat case”, in which a British producer of egg liqueur was found to be passing off, by associating his drink with the more famous Dutch egg liqueur that was made with brandy instead of Cyprus wine and produced in Holland instead of England.<sup>22</sup> Even though “Erewine” might not have attained the cachet of the luxurious products referred to in the other leading cases in the history of extended passing off (for example, champagne or swiss chocolate),<sup>23</sup> “Erewine” is distinguishable in the market and, going back to the roots of passing off, has acquired the power to pull in customers.

Therefore, by employing the underlying theme and original intention of extended passing off, “Erewine” has to be considered as a class that has acquired goodwill in the market.

## II. Misrepresentation

The second requirement, misrepresentation, “lies in marketing the goods in a way which will lead a significant section of the public to think that those goods have some attribute or attributes which they do not truly possess”.<sup>24</sup> According to this formulation, one needs to define the goods. “Erewine” unites four distinct qualities. First, it is produced in a restricted geographical area – namely, Erewhon. Second, it is made from a limited range of ingredients – only locally grown white-wine grapes. Third, it has a confined scope of execution (5-14 percent of alcohol), and, finally, has a particular method of execution – namely, the process of double fermentation. Apart from not containing alcohol, non-alcoholic “Elderflower Erewine” possesses all the relevant attributes claimed to be possessed by “Erewine”. Moreover, the producer of non-alcoholic “Erewine” included the words “non-alcoholic” on the label, supposedly to avoid confusion in the mind of the potential customer.

Therefore, the issue of misrepresentation boils down to the following question: “Can one trader be allowed to market his non-alcoholic grape juice using the name of an alcoholic fermented drink?” According to leading cases like *Singer Manufacturing*,<sup>25</sup> labelling a product with, for example, even a rival’s name can be lawful. Accordingly, as long as the trader obviates any reasonable possibility of misunderstanding or deception, it would be perfectly reasonable to allow Loddon River to use the descriptor “non-alcoholic Erewine”, as it describes the properties of the product (a drink from Erewhon) with adequate precision. However, in *J Bollinger v Costa Brava Wine Co. Ltd.*<sup>26</sup>, describing non-French “champagne” on the bottle’s label as “Spanish”, was considered to be confusing. Accordingly, it could be argued that providing the contradictory word ‘non-alcoholic’ next to the term ‘Erewine’ is not enough to avoid confusion.

Keeping in mind the similarity between the cases of *J Bollinger v Costa Brava Wine Co. Ltd* and the moot-problem, it is submitted that the respondent’s sale of non-alcoholic “Elderflower Erewine” as “Erewine” is indeed a misrepresentation.

## III. Damage

Finally, damage is an essential prerequisite for an action for extended passing off. While individual damage

need not be proved, the standard of proof only refers to the likelihood of damage to the class of producers.<sup>27</sup> In the given scenario, both the appellant and the respondent operate in the same field of business – namely, alcoholic and non-alcoholic beverages from locally grown grapes. However, it is questionable whether a significant section of the relevant public would be confused by what is on offer, owing to the specific labelling of the drink as “non-alcoholic”. These words clearly indicate a difference that is easily intelligible to every consumer. “Only a moron in a hurry”<sup>28</sup> would confuse the respondent’s beverage with an alcoholic ‘Erewine’. Those easily misled customers are, under normal circumstances, to be considered irrelevant.<sup>29</sup> Keeping this in mind, the court is likely to deny damage in this particular instance.

## F. Conclusion

In light of the preceding arguments the case tends to favour, in terms of pure legal reasoning, the following positions:

- a) The sale of the Elderflower wine and cider would constitute patent infringement under a literal construction;
- b) contending that the patented bottle is contrary to public policy or morality must in the end be considered far-fetched and unjustifiable;
- c) ‘Erewine’ is indeed a class that contains goodwill and has been misrepresented by the respondent’s sale non-alcoholic “Elderflower Erewine”.

Nonetheless, the Oxford IP Moot Court provides enough freedom for every participating team to express their very own solution to each and every problem. No solution can be considered false as long as the reasoning underpinning it is based on precedent and fact. Participants of the Oxford IP Moot Court are expected to find innovative solutions in IP law, a legal field which in itself is constantly catching up to the latest trends and quirks of technology and the media. Therefore, the competition enables interested students to reflect deeply on the topic of IP and challenges them to question the status quo in a stimulating environment of equally invested peers. Whichever team turns out to be the reigning champion in each given year will have proven itself to be flexible, spontaneous and innovative in its advocacy, but also to have possessed that extra bit of luck necessary to proceed through each and every round.

<sup>22</sup> *Erven Warnink BV v J Townend & Sons* [1980] AC 731, 791, 803.

<sup>23</sup> *J Bollinger v Costa Brava Wine Co. Ltd.* [1960] Ch. 262 (champagne); *Chocosuisse Union des Fabricants de Chocolat v Cadbury Ltd* [1999] RPC 826 (swiss chocolate).

<sup>24</sup> *Chocosuisse Union des Fabricants de Chocolat v Cadbury Ltd* [1999] RPC 826, 837.

<sup>25</sup> *Singer Manufacturing Co. v. Loog* (1882) 8 App.Cas. 15, H.L.(E.).

<sup>26</sup> *J Bollinger v Costa Brava Wine Co. Ltd.* [1960] Ch. 262, 280.

<sup>27</sup> cf. *Erven Warnink BV v J Townend & Sons* [1980] AC 731, 756.

<sup>28</sup> *Morning Star Co-operative Society Ltd v Express Newspapers Ltd* [1979] FSR 113, 117.

<sup>29</sup> *Morning Star Co-operative Society Ltd v Express Newspapers Ltd* [1979] FSR 113, 117.

# Call for Papers

## EINSENDEN VON BEITRÄGEN

Wir nehmen laufend Beitragsvorschläge für die kommenden Ausgaben entgegen. Das Bucerius Law Journal ist offen für Einsendungen von Wissenschaftlern und Praktikern, möchte aber vor allem auch Studenten deutschlandweit eine Plattform zur Veröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge bieten. In jeder Ausgabe werden daher mindestens drei studentische Aufsätze veröffentlicht.

Bitte senden Sie Beiträge als Word-Datei an **info@law-journal.de**. Ein Beitrag sollte 35.000 Zeichen (inklusive Fußnoten und Leerzeichen) nicht übersteigen, die Zitierweise von Fundstellen sollte ferner den Vorgaben unseres Zitierleitfadens entsprechen.

Die Zweitveröffentlichung eines schon an anderer Stelle veröffentlichten Beitrages im Bucerius Law Journal kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Bitte weisen Sie bei Einsendung eines Beitrages darauf hin, ob Ihr Beitrag schon einmal veröffentlicht wurde bzw. ob Sie den Beitrag zur Zeit auch einer anderen juristischen Zeitschrift zur Veröffentlichung angeboten haben.

Nach Einsendung Ihres Beitrages wird dieser durch zwei Redakteure gelesen. Diese entscheiden, ob der Beitrag für eine Veröffentlichung im Bucerius Law Journal in Betracht kommt. Ist dies der Fall, bieten wir Ihnen die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben zu den in unserem Autorenvertrag niedergelegten Bedingungen an.

**Bitte beachten Sie:** Da wir uns am Konzept US-amerikanischer Law Journals orientieren, in denen die Redaktion eine aktive Rolle bei der Auswahl passender Beiträge übernimmt, unterziehen wir die eingesandten Beiträge auch einer kritischen inhaltlichen Prüfung. Sollten wir Ihnen eine Veröffentlichung anbieten, werden wir Ihnen daher ggf. auch Kürzungs- und Verbesserungsvorschläge unterbreiten. Änderungen werden aber – selbstverständlich – nur in Absprache mit dem Autor und nur von diesem selbst vorgenommen.

## VERÖFFENTLICHEN STUDENTISCHER SEMINARARBEITEN

Im Bucerius Law Journal veröffentlichen Studenten regelmäßig auch wissenschaftliche Beiträge, die aus besonders gelungenen Seminararbeiten hervorgegangen sind und vorher in eine veröffentlichungsfähige Version umgearbeitet wurden.

Wenn Du selbst eine besonders gelungene Seminararbeit geschrieben hast und diese veröffentlichen möchtest, dann schicke sie bitte an **info@law-journal.de**.

Zwei Redakteure werden Deine Arbeit lesen und prüfen, ob man diese in einen Aufsatz umarbeiten kann. Ist dies der Fall, machen wir Dir einen entsprechenden Umarbeitungsvorschlag und bieten Dir die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben an. Für die Umarbeitung solltest Du erfahrungsgemäß noch einmal 2 Wochen einplanen. Du wirst hierbei von uns mit Rat und Tat unterstützt.

**Bitte beachte:** Wir bewerten die Veröffentlichungsfähigkeit einer Seminararbeit nicht vorrangig nach deren Benotung. Eine mit 16 Punkten benotete Seminararbeit kann also zum Beispiel zwar handwerklich perfekt, thematisch aber uninteressant sein, während eine "nur" mit 10 Punkten benotete Arbeit trotz handwerklicher Fehler dennoch einen sehr innovativen und daher veröffentlichungswürdigen Gedanken enthalten kann. Im Zweifel solltest du uns Deine Arbeit einfach einschicken – wir klären dann gemeinsam, ob sie veröffentlichungsfähige Elemente enthält.



Together we  
make a mark

WHITE & CASE